

KONAN UNIVERSITY

デューラーとガイガーと連邦憲法裁判所：「基本法に与えたバイエルン憲法の影響」補遺

著者	櫻井 智章
雑誌名	甲南法学
巻	59
号	3・4
ページ	47-90
発行年	2019-03-31
URL	http://doi.org/10.14990/00003285

デーラーとガイガーと連邦憲法裁判所

——「基本法に与えたバイエルン憲法の影響」補遺——

櫻 井 智 章

1. デーラーとガイガー

トマス・デーラー (Thomas Dehler, 1897–1967) とヴィリ・ガイガー (Willi Geiger, 1909–94)。デーラーは草創期の自由民主党 (FDP) の中心人物の 1 人であり、初代連邦司法大臣として有名である。他方のガイガーは、連邦憲法裁判所法のコンメンタルの著者として、さらに何より連邦憲法裁判所第二法廷で長きにわたり裁判官を務めていたことで有名である。

本稿は、日本でもそれなりには知られているが、あまり深く研究されたことのないこの 2 人の法律家の因縁浅からぬ関係と、彼らと連邦憲法裁判所との関わりに由来する数奇な運命について描き出そうとするものである。副題にも示したように、本稿は別稿「基本法に与えたバイエルン憲法⁽²⁾の影響」の「こぼれ話」という性格を持っている。バイエルン憲法裁判所が連邦憲法裁判所に与えた影響について検討していくにつれ、

(1) *Willi Geiger, Gesetz über das Bundesverfassungsgericht vom 12. März 1951 : Kommentar*, 1952.

(2) 櫻井智章「基本法に与えたバイエルン憲法の影響」初宿正典先生古稀記念『比較憲法学の現状と展望』(成文堂、2018年) 137頁以下。

デーラーとガイガーという2人の法律家の名前が逸することのできないものとなっていき、2人について調べていくにつれて、そのドラマチックな関係性に魅了されていった。

2人はともにバイエルン出身の法律家である。デーラーはオーバーフランケンのリヒテンフェルス (Lichtenfels) に生まれ、ミュンヘン大学やヴュルツブルク大学などで法学を学び、オーバーフランケンの主要都市バンベルク (Bamberg) で弁護士として活躍していた (バンベルクにはデーラーの記念銘板 [Gedenktafel] が複数掲げられている)。ガイガーの生地ノイシュタット (Neustadt an der Weinstraße) のあるプファルツ地方は、現在ではラインラント・プファルツ州に属しているが、当時はバイエルンの飛び地であった⁽³⁾。同じくミュンヘン大学・ヴュルツブルク大学で法学を学び、バンベルクで活躍していた。かくして2人の法律家は1937年にバンベルクの地で出会うこととなる⁽⁴⁾。バンベルクは、ミュンヘン・ニュルンベルクと並ぶ高等裁判所 (OLG) の所在地であるとともに、バイエルンの1919年憲法 (最初の共和制憲法) が——バイエルン・レーテ共和国の成立したミュンヘンを逃れてバンベルクで制定されたため——「バンベルク憲法」と呼ばれるように、バイエルンにおける法的・政治的要地であった。ともにヴュルツブルク大学で博士号を取得

(3) ヴィッテルスバッハ家の領地であったプファルツ地方は、紆余曲折を経て、バイエルン王国の飛び地となる。谷口健治『バイエルン王国の誕生』(山川出版社、2003年) 特に8-9頁、228-29頁。ワイマール共和制下においてもバイエルン州に属していた。占領軍によって戦後人工的に作られた州が多い中で、かつてのバイエルン王国の領土をほぼそのまま受け継いでいるのがバイエルン州である (それ故に現行憲法の前文で「千年以上の歴史」と謳われている)。それでも失われたのがプファルツ地方であった。Hans Nawiasky / Claus Leusser, Die Verfassung des Freistaates Bayern vom 2. Dezember 1946, 1948, S.23.

(4) Willi Geiger, Begegnungen mit Thomas Dehler, in: Wolfram Dorn / Friedrich Henning (Hrsg.), Thomas Dehler, Begegnungen - Gedanken - Entscheidungen, 1977, S.94.

している（デーラーは1920年、ガイガーは1941年）。ガイガーについては、このバンベルク時代の活動や博士論文の内容がしばしば「ナチスの過去」⁽⁵⁾として問題とされるが、本稿では立ち入らない。

戦後、デーラーはバイエルンの自由民主党（FDP）を立ち上げるとともに率いた。バイエルン憲法制定議会の議員に選出され、バイエルン憲法の制定に携わることとなる。憲法委員会の委員にも選出され、実質的審議にまで関わっている。180議席中109議席を占めた最大会派・キリスト教社会同盟（CSU）のハンス・エーハルト（Hans Ehard, 1887-1980, 後に1946年12月から54年12月まで、および1960年1月から62年12月までバイエルン州首相）第一書記に次いで、デーラーは第二書記に任ぜられたとはいえ、3議席しか持たない小会派 FDP の所属であったが故に、その影響力は限られたものとならざるを得なかったことは確かである。しかし、後に見るように、連邦憲法裁判所のあり方にもつながる重要な提案をしていることは見逃されてはならない。その後、バイエルン州議会議員となり、《議会評議会（Parlamentarischer Rat）》の議員にも選出されて、基本法の制定にも携わることとなる。バイエルン州議会の選出する議員は13人であり、うち FDP は1人（CSU は8人⁽⁷⁾、SPD は4人）であったが、それがデーラーである。議会評議会では、FDP を代表してテオドア・ホイス（Theodor Heuss, 1884-1963, 後に1949年9月から59年

(5) 例えば、*Helmut Kramer*, Ein vielseitiger Jurist (1994), in: Redaktion Kritische Justiz (Hrsg.), Die juristische Aufarbeitung des Unrechts-Staats, 1998, S.373ff. ; *Klaus-Detlev Godau-Schüttke*, Entnazifizierung und Wiederaufbau der Justiz am Beispiel des Bundesgerichtshofs, in: Eva Schumann (Hrsg.), Kontinuitäten und Zäsuren, 2008, S.203ff. を参照。

(6) ドイツ共産党（KPD）でさえ9議席であった。Stenographischer Bericht über die Verhandlungen der Bayerischen Verfassungsgebenden Landesversammlung の末尾に議員の一覧表が政党名とともに掲げられている。

(7) この8人のCSU議員のうち6人が基本法に反対することとなる。

9月まで連邦大統領)とともに《中央委員会(Hauptausschuß)》の委員を務めている。専門委員会としては「組織委員会(Ausschuß für Organisation des Bundes)」に属したが、当初は「司法委員会(Ausschuß für Verfassungsgerichtshof und Rechtspflege)」との合同委員会として開催されたこともあり、憲法裁判所の問題にも携わっている。さらに、全65人(このほか議決権を持たないベルリン代表5人)の議員のうち、キリスト教民主・社会同盟(CDU/CSU)と社会民主党(SPD)の二大会派が各27人の議員を擁していたのに対して、FDPはわずか5人に過ぎなかったが、第三勢力として「キー・ポジション(Schlüsselstellung)⁽⁸⁾」を占める極めて有利な状況に置かれ、デラーはCDUのフォン・ブレンターノ(Heirich von Brentano, 1904-64)⁽⁹⁾、SPDのツイン(Georg August Zinn, 1901-76)とともに《全般編集委員会(allgemeine Redaktionsausschuß)》の委員をも務めている。司法委員会の委員長がツインだったこともあり、特に憲法裁判所に関する規定を確定していく際には全般編集委員会が大きな役割を果たした⁽¹⁰⁾。デラーがこのように議会評議会の段階から連邦憲法裁判所の創設に深く関わっていたことには改めて注意しておく必要がある。

以上のように、FDPという小政党にありながら二つの憲法制定に関与

(8) Udo Wengst, Thomas Dehler 1897-1967, 1997, S.121.

(9) 後にフォン・マンゴルト(Hermann von Mangoldt, 1895-1953)に代わる。もっとも、憲法裁判所の問題に関する審議の際にはシュトラウス(Walter Strauß, 1900-76)が代理した。Hans -Peter Schneider (Hrsg.), Das Grundgesetz Dokumentation seiner Entstehung, Bd.23/I, 1999, S.XXIII. シュトラウスはのち1949年から63年まで司法次官を務め、デラーとは大臣と次官の関係となる(後注52参照)。

(10) Klaus -Berto von Doemming u.a., Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes, JöR Bd.1 (1951), S.667. この点につき、Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd.2 1980, S.335ff.〔赤坂正浩ほか編訳『ドイツ憲法I 総論・統治編』(信山社、2009年)372頁以下〕も参照。

した政治家デーラーであるが、他方で法律家としては、1945年からバンベルク高等裁判所で検事を務め、47年からはバンベルク高等裁判所長官となる（前任の長官はバイエルン憲法制定議会憲法委員会の委員長をも務めたローレンツ・クラップ〔Lorenz Krapp, 1882-1947〕であった）。バンベルク高等裁判所裁判官（Oberlandesgerichtsrat）となっていたガイガーは、法的にも政治的にも幅広く活躍していたデーラー長官の各種の仕事を手伝うようになっていく。⁽¹¹⁾デーラーは連邦司法大臣となるやガイガーを連邦司法省に抜擢する。こうして、デーラー＝ガイガー体制の下で《連邦憲法裁判所法》が創られていくこととなる（デーラー・ガイガーともにバイエルン憲法裁判所について当然ながら相応の知見を有していたが、⁽¹²⁾さらにバイエルン憲法裁判所に関する知識の供給源として、バイエルン州司法省に勤務していたヴァルター・レーマー〔Walter Roemer, 1902-85〕を1950年に連邦司法省は獲得する⁽¹³⁾）。

2. 連邦憲法裁判所法政府案

1949年8月に行われた連邦議会選挙の結果、9月にはCDU/CSUを中心とした第1次アデナウアー内閣が組織されることとなる。FDPも連立内閣を支えた重要な一員であり、同党の中心人物となっていたデーラ

(11) *Geiger, Begegnungen* (Fn.4), S.96.

(12) デーラーにはバイエルン憲法裁判所長官の話もあった（憲法裁判所長官はバイエルンの3つの高等裁判所の長官の中から州議会が選出するため、バンベルク高裁長官のデーラーは有資格者であった）が、政党政治家としての道を選んだという。*Edgar Büttner / Michael Wettengel, Einleitung, Der Parlamentarische Rat Bd.13/1, 2002, S.XXIV.* 憲法裁判所長官と議員の兼職はできない（バイエルン憲法68条3項2文）。

(13) *Reinhard Schiffrers, „Ein mächtiger Pfeiler im Bau der Bundesrepublik, Vierteljahrshefte für Zeitgeschichte 32.Jg. (1984), S.87. Vgl. Walter Roemer, Zur Rechtsprechung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs, Süddeutsche Juristenzeitung, 4.Jg. (1949), Sp.24-29, 184-90, 5.Jg. (1950), Sp.569-74.*

論 説

【関係年表】

1949年	5月24日	基本法施行
	8月14日	第1回連邦議会選挙
	9月20日	第1次アデナウアー内閣成立
	12月14日	連邦憲法裁判所法 SPD 案提出
1950年	5月28日	連邦憲法裁判所法政府案提出
	10月1日	連邦通常裁判所 (BGH) 開設
1951年	3月12日	連邦憲法裁判所法成立
	9月7日 ⁽¹⁴⁾	連邦憲法裁判所活動開始
1952年	1月31日	野党が EDC 条約違憲訴訟提起
	3月21日	ライブホルツ「地位報告」
	5月27日	EDC 条約調印
	6月10日	連邦大統領が EDC 条約に関する鑑定意見を要求
	6月27日	連邦憲法裁判所「地位覚書」送付
	7月30日	連邦憲法裁判所が野党の訴えを却下
	10月13日	連邦憲法裁判所の地位に関する長官の書簡
	12月6日	与党が機関争訟を提起
	12月8日	鑑定意見の拘束力に関する総会決定
	12月10日	連邦大統領が鑑定意見を取下げ
1953年	3月7日	連邦憲法裁判所が与党の機関争訟を却下
	3月15日	連邦憲法裁判所の地位に関するトーマの鑑定意見
	9月6日	第2回連邦議会選挙
	10月20日	第2次アデナウアー内閣成立
1954年	3月26日	基本法改正
1956年	7月21日	連邦憲法裁判所法第1次改正

(14) 公式の開設は9月28日であるが、現バーデン・ヴュルテンベルク州の再編問題に関して、バーデン州は5月25日に違憲訴訟を提起しており、9月8日には総会決定により第二法廷の管轄とし、9月9日には仮命令を出している (BVerfGE 1, 1)。設立は9月7日には完成していた (BVerfGE 1, 14 [28])。Vgl. auch *Willi Geiger*, Vierzig Jahre Bundesverfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland, DRiZ 1991, S.357.

ーは連邦司法大臣に任命された。当時の司法省は、司法の再建や法体系の整備など多くの難題を抱えていたが、なかでも最大の懸案は《連邦憲法裁判所法》の制定であった。基本法が施行され、連邦議会や連邦政府など他の憲法機関は既に活動を開始している状況であり、連邦憲法裁判所の設置は不可避であった。確かに、強力な統制機関の創設は政府にとっては大きな足かせともなりうる（Last der Mehrheit）が、法治国家の確立は対内的にも対外的にも不可欠の要請であり、連邦憲法裁判所の設置はそのための要“Grundpfeiler des Rechtsstaats”でもあった。加えて、1949年12月には野党 SPD が連邦憲法裁判所法案を提出しており（Lust der Minderheit）、政府案の提出は急務となっていた。というのも、基本法の制定に際して決定を先延ばしにして法律に委ねた問題が数多くあり、法律の内容によって連邦憲法裁判所のあり方が大きく左右されえたからである。もっとも、それだけに政党間の意見の相違も大きく、同法の審議は連邦共和国の創設以来最も手間暇がかかり最も困難な審議であったと評されることとなる。⁽¹⁵⁾

政府案の責任者は担当大臣であるデーラーであり、デーラー司法大臣の下で起草の任を担ったのがガイガーであった。政府案はデーラーとの頻繁な意見交換を経ながら作成されたという⁽¹⁷⁾（デーラーの遺文書〔Nachlass〕にはガイガーの作成した当初の案が残されている⁽¹⁸⁾）。こうして連邦司法省で作成された政府案は、基本法76条所定の手続に従い、連邦参議院の意見を徴して、1950年5月に連邦議会に提出された（BT-Drucks.

(15) Bundestag-Drucksache 1/328.

(16) Walter Roemer, Das Gesetz über das Bundesverfassungsgericht, JZ 1951, S.193. Vgl. auch Heinz Laufer, Verfassungsgerichtsbarkeit und politischer Prozeß, 1968, S.94.

(17) Schiffers, Ein mächtiger Pfeiler (Fn.13), S.76, 84.

(18) Reinhard Schiffers (Bearb.), Grundlegung der Verfassungsgerichtsbarkeit, 1984, S.3-20に掲載されている。

1/788)。議会对応を主として担ったのもガイガーであり、連邦議会の法制度・憲法委員会 (Ausschuß für Rechtswesen und Verfassungsrecht) において、CDU のケージンガー (Kurt Georg Kiesinger, 1904-88, 後に1966年12月から69年10月まで連邦宰相) や SPD のアルント (Adolf Arndt, 1904-74) らと論戦を繰り広げた。委員長は CSU のラフォレト (Wilhelm Laforet, 1877-1959)⁽¹⁹⁾ であった。このラフォレトはガイガーにとって同郷の恩師である。ラフォレトもプファルツ地方出身で、1927年からヴェルツブルク大学教授を務めていた。ガイガーが博士論文を執筆したのは、まさにラフォレト教授の下でであった⁽²⁰⁾ (ガイガーは師の記念論文集の共同編集をも務めている)⁽²¹⁾。委員会では、——各政党の内部においても意見が一致していたわけではないため——委員は政党の見解の代弁者というよりも、各自の法的専門知識に基づいて議論したのであり、見解の相違はあっても同僚的雰囲気の中で審議が行われたという。そして、こうした審議を可能にしたのは、まさにラフォレト委員長の功績であった⁽²²⁾。政府・与党側としては、数の力で押し切ることも不可能ではなかったが、そのような事態は憲法裁判所の権威を疑わしいものとしかねないため、

(19) 議会評議会でも「司法委員会」に属していた。CSU 議員として基本法に反対した1人でもある。後に連邦憲法裁判所の裁判官を選出する連邦議会の選出委員会 (連邦憲法裁判所法6条) の委員長も務める。フランス語式に読むのではない (末尾 t も発音する) ことなどにつき、初宿正典先生からご教示いただいた。

(20) *Franz Schneider*, Bibliographie Willi Geiger, in: *Verantwortlichkeit und Freiheit*, Festschrift für Willi Geiger zum 80. Geburtstag, 1989, S.809. 同書によれば *Stimme der Pfalz* 等に追悼文があるようだが未見。

(21) *Verfassung und Verwaltung in Theorie und Wirklichkeit*, Festschrift für Herrn Geheimrat Professor Dr. Wilhelm Laforet anlässlich seines 75. Geburtstages, 1952.

(22) *Schiffers*, Ein mächtiger Pfeiler (Fn.13), S.90f. 以上の点については、*Willi Geiger*, Die Gestalt eines Zwillingengerichts mit großer Belastung, *Das Parlament* Jg.31 Nr.39 (1981), S.8 の回想をも参照。

野党側との妥協が試みられた（この点ではキージンガーが重要な役割を果たした⁽²³⁾）。

連邦憲法裁判所の権限については、憲法異議という重大な例外を除き、ヘレンキームゼー会議以来、比較的幅広いコンセンサスがあったといえる。憲法異議については、政府案がバイエルン憲法に依拠していたこと⁽²⁴⁾、導入に際してヴィントリッヒ（バイエルン憲法裁判所長官代理）が大きな役割を果たしたことなどについては前稿で触れたので繰り返さない。ここでは、①憲法異議を不要なもとする連邦参議院の意見に対して、連邦政府がバイエルン憲法裁判所の経験を挙げて反論していること⁽²⁶⁾、②連邦憲法裁判所発足当初から憲法異議の洪水に見舞われたにもかかわらず、1956年の第一次改正に際しても、後述の鑑定意見とは異なり、憲法異議は削除されなかったが、その際にも、憲法異議の意義を重視するヴィントリッヒ（連邦憲法裁判所第二代長官となっていた）の主張が大きな意味をもったこと⁽²⁷⁾、の2点を指摘するにとどめる。

他方で、組織・構成については各政党の間で大きな見解の相違があり、基本法には最低限の要請のみが記載され、詳細は法律に委ねられていた。そのため、連邦憲法裁判所法の審議に際して最も問題となったのも組織・構成についてであった。基本法によって広範な権限が与えられることは既に決まっていたため、それを担いうる組織・構成にすることは当

(23) Uwe Wesel, Der Gang nach Karlsruhe, 2004, S.40 ; Laufer, Verfassungsgerichtsbarkeit (Fn.16), S.122. Vgl. auch Schiffers, Ein mächtiger Pfeiler (Fn.13), S.76f.

(24) ガイガーはバイエルンの経験に鑑みて憲法異議を政府案に取り入れたと語ったとのことである。Schiffers, Ein mächtiger Pfeiler (Fn.13), S.81.

(25) 櫻井・前掲「基本法に与えたバイエルン憲法の影響」145-48頁。

(26) Ergänzung der Stellungnahme der Bundesregierung zu den Änderungsvorschlägen des Bundesrates (BT-Drucks. 1/788zu, S.3f.).

(27) Hellmut Röhl, Zwischenbilanz der Verfassungsbeschwerde, JZ 1957, S.105.

然の前提であるが、根本的な考え方の相違は、まさしく「法」と「政治」の関係にあった。すなわち、機関争訟・規範統制・政党禁止などの権限を与えられているが故に憲法裁判所が「政治」に不可避免的に関わらざるを得ないことを前提としたうえで、①それ故に、政治的な判断にも堪え得るような構成にすべきという考え方をとるか（SPD案）、②だからこそ、真に法的決定を行えるような構成にすべきか（政府案）、という対立である（この対立に①官僚裁判官に対する不信と、②ドイツの法伝統に対する信頼という対立が重なる）。連邦憲法裁判所が「連邦裁判官」と「その他の構成員」から構成されることは基本法で決められていた（94条1項1文）が、以上の考え方の相違こそが、両者の数・割合、裁判官資格の要否、任期などのあり方に関わって⁽²⁸⁾きた。結局のところ、各種の妥協によって連邦憲法裁判所法が成立するのであるが、ここではFDPが妥協に⁽²⁹⁾貢献したということを指摘するにとどめる。

裁判体の構成については、政府案はバイエルン憲法裁判所の経験を根拠としてバイエルン憲法裁判所方式（roulierendes System）を提案して⁽³⁰⁾おり、ヴィントリッヒも同方式の利点を委員会⁽³¹⁾で力説したものの、この

(28) Vgl. Willi Geiger, Zur Verfassung des Bundesverfassungsgerichts, DÖV 1950, S.193ff. 同論文に対して「全体的に政府案に好意的である」との評価（永田秀樹「連邦憲法裁判所の地位、組織および裁判官の選任」大分大学経済論集33巻5号（1982年）388頁注11）があるが、そもそもSDP案よりも政府案の方が優れていることを示そうとしたものである。

(29) Reinhard Schiffers, Die Entstehung des Gesetzes über das Bundesverfassungsgericht und die Erfahrungen der Weimarer Zeit, in: Politische Parteien auf dem Weg zur parlamentarischen Demokratie in Deutschland, 1981, S.293.

(30) Geiger, Zur Verfassung (Fn.28), S.197. 全24人の裁判官（政府案2条1項）が事務配分計画にしたがって各9人ずつ裁判体を構成する（同11条・13条）。バイエルン憲法裁判所の現状につき、櫻井「バイエルン憲法裁判所について（二）」甲南法学55巻3号（2015年）36-37頁を参照。

(31) Schiffers, Grundlegung (Fn.18), S.186ff.

点については受け入れられることはなく、周知のように、二つの法廷によって構成される「双子裁判所 (Zwillingsgericht)」となった。これが、後に再軍備論争に際して大きな問題を招くこととなる。

3. 憲法機関：地位論争

以上のように、政府案を基にしつつも、とりわけ SPD との妥協を図る形で様々な修正を経て、ようやく「第一立法期の最も困難な法律案⁽³²⁾」であった連邦憲法裁判所法が1951年3月に制定された。当初の予定(50年4月1日)より大幅に遅れてしまった責任は専ら野党 (SPD)、とりわけアルントにあるというのがデーラーの考えであり、デーラーの SPD 嫌いに拍車がかかることとなった (デーラーはアルントを「諸悪の根源」と捉えており、地位論争でも再軍備論争でも敵対することとなる⁽³³⁾)。各政党や州の利害が交錯して人選も難航したが、同年9月から無事に活動を開始することができた。他の憲法機関に遅れること約2年。ようやく始動した連邦憲法裁判所であるが、翌1952年には早くも連邦政府 (とりわけ連邦司法省) と対立することとなる。その1つがこれから見る《地位論争》であり、もう1つがその後に扱う《再軍備論争》であった。生まれたばかりの連邦憲法裁判所にとって、1952年はまさに「真に劇的

(32) *Schiffers*, Entstehung (Fn.29), S.289.

(33) BGBl. I, S.243. 当時の法律の邦訳として、比較法研究室訳「連邦憲法裁判所法 (西独)」法律叢書26巻2号 (1953年) 72頁以下、小嶋和司訳注「西独憲法裁判所法」法律時報26巻2号 (1954年) 76頁以下。

(34) *Wengst*, Thomas Dehler (Fn.8), S.151 ; *Schiffers*, Grundlegung (Fn.18), S.294. 客観的な説明としては、*Schiffers*, Ein mächtiger Pfeiler (Fn.13), S.97-99 を参照。

(35) Vgl. *Arnulf Baring*, Außenpolitik in Adenauers Kanzlerdemokratie, 1969, S.232f. キーゼンガーは両者の「悲劇的な人間的対立」について述べる。Budestag-Plenarprotokoll 1/133 (11. Apr. 1951), S.5141.

(36) *Justin Collings*, Democracy's Guardians, 2015, p.9ff.

⁽³⁷⁾な年」⁽³⁸⁾となった。

既によく知られているように、連邦憲法裁判所は、ライプホルツの報告（52年3月）に基づき、「覚書」⁽³⁹⁾を連邦議会・連邦参議院・連邦大統領・連邦政府に送付した（同6月）。この覚書に強く反対したのが司法大臣デーラーであった。ライプホルツの報告の数日後、つまりまだ裁判所内部での検討に過ぎなかった時点でデーラーは裁判所内の動きに関する情報を入手して、4月9日にはアデナウアーに書簡を送っている。⁽⁴⁰⁾連邦憲法裁判所の要求は、人事や予算などの面で連邦司法省からの独立を内容とするものであったから、デーラーが反対したのも立場上当然であるようにも思える。しかし、「司法省の権限喪失を恐れ…覚書に反発した」⁽⁴¹⁾というように、省益確保のために反対したという理解ではデーラーに酷である。連邦司法省の尽力によって連邦憲法裁判所を誕生させたにもかかわらず、という思いとともに、基本法82条に基づいて連邦憲法裁判所法に署名（BGBl. I 1951, S.254）した自分こそが担当大臣だという自負⁽⁴²⁾もあったはずである。加えて次の二点が留意されるべきである。第一に、

(37) *Günther Willms*, *Zehn Jahre Bundesverfassungsgericht*, DRiZ 1961, S.278
〔最高裁判所事務総局仮訳「ドイツ連邦共和国憲法裁判所10年の歩み」法曹時報16巻5号（1964年）32頁〕。

(38) *Gerhard Leibholz*, Bericht des Berichterstatters an das Plenum des Bundesverfassungsgerichts zur „Status-Frage vom 21. März 1952, JöR Bd.6 (1957), S.120ff.

(39) Denkschrift des Bundesverfassungsgerichts vom 27. Juni 1952 : Die Stellung des Bundesverfassungsgerichts, JöR 6, S.144ff.

(40) *Udo Wengst*, Staatsaufbau und Regierungspraxis 1948–1953, 1983, S.317 ; *Georg Vanberg*, Establishing Judicial Independence in West Germany, 32 Comparative Politics (2000), p.336.

(41) 六戸常寿『憲法裁判権の動態』（弘文堂、2005年）135頁。Vgl. *Richard Häußler*, Der Konflikt zwischen Bundesverfassungsgericht und politischer Führung, 1994, S.25.

(42) Vgl. *Schiffers*, Grundlegung (Fn.18), S.473.

デーラーの「憲法省 (Verfassungsministerium)」構想である。デーラーは自身の連邦司法省を、すべての国家権力の行為の合法性・合憲性を監視する「憲法省」にしようという構想を抱いており、司法省も「憲法の番人」としての役割を果たすべきだと考えていた（そのため、司法省を「法の専門家集団 (juristische Bauhütte)」にしようとしていた。ガイガーらを司法省に抜擢したのもその一環であった⁽⁴³⁾）。デーラーが憲法裁判所を司法省の管轄下に置こうとしたのも、あらゆる行政活動には、従って「司法行政」にも責任官庁が必要であり⁽⁴⁴⁾、それは憲法省たる司法省を置いて他にないという確信からであった。第二に、「憲法機関」概念の問題が挙げられる。司法大臣デーラーが依頼したトーマの鑑定意見が連邦憲法裁判所の「覚書」を、「憲法機関 (Verfassungsorgan)」という概念から様々な法的結論を導く「概念法学 (Begriffsjurisprudenz)」だと批判⁽⁴⁵⁾したように、連邦憲法裁判所は自身が「憲法機関」であることを根

(43) Wengst, Thomas Dehler (Fn.8), S.142-44. 実際、連邦司法省は法律の合憲性確保に貢献している。参照、赤坂幸一「ドイツにおける連邦政府内部の憲法適合性審査」レファレンス794号(2017年) 67頁以下。同論文や上田健介『首相権限と憲法』(成文堂、2013年) 121-22頁が取り上げる、司法大臣と内務大臣という「2人の憲法大臣」という体制は、デーラーと当時の内務大臣ハイネマン (Gustav Heinemann, 1899-1976) の妥協の結果である。ハイネマンは再軍備に反対して間もなく内務大臣を辞任するが、SPDに移った後にキージンガー大連立内閣でもう1つの憲法大臣(司法大臣)をも務め、1969年には「憲法の番人」第三代連邦大統領となる。なお、デーラーの見解からすると、行政裁判所も司法省の管轄下に置かれるべきこととなる。この問題についての内務省とのやり取りについては、Geiger, Begegnungen (Fn.4), S.100f. に興味深いエピソードが書かれている。

(44) Schiffers, Grundlegung (Fn.18), S.472, 482 ; Häußler, Konflikt (Fn.41), S.26. Vgl. auch Willi Geiger, Bemerkungen zur Stellung, zur Aufgabe und zum Verfahren des Bundesverfassungsgerichts, Bundesanzeiger 3.Jg. Nr.218 (9. Nov. 1951), Beilage S.3 ; Geiger, Kommentar (Fn.1), S.5 (§1 Anm.4).

(45) Richard Thoma, Rechtsgutachten betreffend die Stellung des Bundesverfassungsgerichts, JöR 6, S.166 [auch in: ders., Rechtsstaat - Demokratie - Grundrechte, 2008, S.517].

拠として、そこから各種の要求を導いていたのである。実のところ、バイエルン憲法制定の際に、国事裁判所が「憲法機関」であることを明確にするために、国事裁判所の組織や権限などについて憲法に明記すべきだと主張したのがデラーであった⁽⁴⁶⁾。このデラーの提案もあって、国事裁判所に関する章が設けられることになり、その際に名称も憲法裁判所に改められることとなった⁽⁴⁷⁾。そして、「憲法裁判所」と題する章の中に、組織の概要が規定されるとともに、(具体的規範統制は裁判の箇所、憲法異議は基本権の箇所に、という具合に)各所に散在していた権限もまとめられた(これによって憲法裁判所が「憲法機関」であることが特に明瞭になったと指摘されていた)⁽⁴⁸⁾。その形式がヘレンキームゼー草案でも承継されていた。ヘレンキームゼー草案も、憲法裁判所に関する章を設けることによって、憲法裁判所の意義を強調し、他の諸権力との対等性を可視化しようとしていた⁽⁴⁹⁾。それに対して、基本法では連邦憲法裁判所に関する独自の章がなくなってしまった。そのため、連邦憲法裁判所の「憲法機関」性について疑義が生じ得たところ、「裁判所」であることに主眼を置きつつも「憲法機関」でもあるということを示したのが連邦憲法裁判所法1条であった。確かに、憲法裁判に司法としての性格を否認したカール・シュミットのような議論、政府内では「憲法裁判所は裁

(46) Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Verfassungsausschusses der Bayerischen Verfassungsgebenden Landesversammlung Bd.1 S.53f. (18. Juli 1946).

(47) 櫻井・前掲「基本法に与えたバイエルン憲法の影響」148-49頁。

(48) Josef Wintrich, Aufgaben, Wesen, Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung, Festschrift zum 75. Geburtstag von Hans Nawiasky, 1956, S.201 Fn.18 [影山日出弥訳「憲法裁判の任務・本質・限界」(愛知大学)法経論集30号(1960年)243頁注(18)]。

(49) Der Parlamentarische Rat, Bd.2 1981, S.301, 416-18, 554.

(50) Carl Schmitt, Der Hüter der Verfassung, S.36-48 (川北洋太郎訳『憲法の番人』(第一法規、1989年)56-66頁)。

判所ではなく政治機関だ」というシュトラウス司法次官の見解を否定する形で、⁽⁵²⁾「裁判所」であることを第一次的に掲げているため、憲法機関であることを直接規定する連邦参議院の意見と比べると明確ではない。しかし、連邦憲法裁判所法は連邦憲法裁判所が「憲法機関」であることを強調する形で作られたのである⁽⁵³⁾（デーラーも当初は連邦憲法裁判所は憲法機関だと述べていた⁽⁵⁴⁾）。もっとも、その際には、この「憲法機関」という概念から司法行政上の要請が導かれるとは考えてもいなかった⁽⁵⁵⁾（ワイマール期の国事裁判所は司法省の下にあったが、それでもエリヒ・カウフマンはライヒ議会・ライヒ大統領・ライヒ参議院・ライヒ政府と並ぶ「憲法機関」と位置づけていた⁽⁵⁶⁾）。そうした経緯のある「憲法機関」という概念から様々な要求が飛び出してきたため、デーラーは納得がいかなかったに違いない。

連邦憲法裁判所は「覚書」において、憲法解釈の名の下に「自己授権」

(51) Vgl. *Laufer*, Verfassungsgerichtsbarkeit (Fn.16), S.57.

(52) デーラーとシュトラウスは仲が悪かった。*Geiger*, Begegnungen (Fn.4), S.99f. デーラーの司法大臣就任に際して CDU 側の出した条件がシュトラウスの次官就任であった。徐々に改善していったが、一時はヴァインカウフ（Hermann Weinkauff, 1894–1981）という具体的な候補者名まで出して次官の交代の要請するほど関係は悪かったという。*Wengst*, Thomas Dehler (Fn.8), S.140–42. ヴァインカウフはデーラーの後任のバンベルク高裁長官であった（背後にはバンベルク閥とフランクフルト閥という司法省内部での派閥争いもあったという）。1950年10月からはデーラーの意向に基づいて連邦通常裁判所（BGH）の初代長官となる（ebd., S.148）。

(53) BT-Drucks. 1/788, S.37.

(54) *Geiger*, Bemerkungen (Fn.44), S.3. ガイガーはコンメンタールでも憲法機関であることを第一に挙げる。*Geiger*, Kommentar (Fn.1), S.4 (§1 Anm.1).

(55) *Schiffers*, Grundlegung (Fn.18), S.400.

(56) *Geiger*, Bemerkungen (Fn.44), S.3.

(57) *Erich Kaufmann*, Untersuchungsausschuß und Staatsgerichtshof (1920), in: ders., Gesammelte Schriften Bd.1 Autorität und Freiheit, 1960, S.341. こうした議論は司法省内にも見られた。*Schiffers*, Grundlegung (Fn.18), S.47f.

を行っている（そのためマーベリー判決に比せられることがある⁽⁵⁸⁾）。しかもその憲法解釈は、明文の規定ではなく全体構造の解釈である。フォルストホフは、地位論争における連邦憲法裁判所の言説に、かつてマックス・ヴェーバーが洞察した「法実務家の身分イデオロギー」⁽⁵⁹⁾を見出していた⁽⁶⁰⁾。地位論争ではトーマが指摘した、連邦憲法裁判所の見解は「立法論」であって「解釈論」ではない、という批判⁽⁶¹⁾は再軍備論争にも通底する問題である（デーラーは初期の連邦憲法裁判所の一連の判例にも権限拡大の傾向を見出しており、その延長線上に現れたのが、再軍備論争で批判することとなる12月8日総会決定に他ならないという見解を表明している⁽⁶²⁾）。デーラーが連邦憲法裁判所を批判したのも、まさにその「驕り（Arroganz）」「傲慢（Hybris）」⁽⁶³⁾に対してであった。憲法裁判所の主張がアルントの見解と重なり、野党（SPD）が憲法裁判所に加担する主張を繰り広げたことも許し難かった。デーラーは「覚書」に対する反論を書いたが、公表は控え、連邦憲法裁判所内部からの批判に期待したという⁽⁶⁵⁾。実際、「覚書」は全裁判官一致の見解ではなく、反対した裁判官が2人いた。1人はヘプカー＝アショフ（Hermann Höpker-Aschoff, 1883

(58) *Christoph Möllers*, Legalität, Legitimität und Legitimation des Bundesverfassungsgerichts, in: Jestaedt/Lepsius/Möllers/Schönberger, Das entgrenzte Gericht, 2011, S.357 [鈴木秀美ほか訳『越境する司法』（風行社、2014年）302頁]。

(59) *Max Weber*, Wirtschaft und Gesellschaft, 5.Aufl. 1972, S.507 [世良晃志郎訳『法社会学』（創文社、1974年）516頁]。

(60) *Ernst Forsthoef*, Umbildung des Verfassungsgesetzes (1959), in: ders., Rechtsstaat im Wandel, 2.Aufl. 1976, S.148f.

(61) *Thoma*, Rechtsgutachten (Fn.45), JöR 6, S.165.

(62) BT-Plenarprotokoll 1/252 (4. März 1953), S.12103f.

(63) *Justin Collings*, Gerhard Leibholz und der Status des Bundesverfassungsgerichts, in: Anna-Bettine Kaiser (Hrsg.), Der Parteienstaat, 2013, S.236, 240 ; *Vanberg*, Judicial Independence (n.40), p.336.

(64) BT-Plenarprotokoll 1/165 (27. Sept. 1951), S.6753 [Arndt].

(65) *Collings*, Gerhard Leibholz (Fn.63), S.236.

-1954) 長官であり、もう 1 人は他ならぬガイガーであった。⁽⁶⁶⁾とくにヘプカー＝アショフ長官は、FDP の盟友であるというだけでなくボンでは同じ屋根の下で暮らしていたほど親しい間柄であり、⁽⁶⁷⁾デーラーはその行動に期待していたはずである。しかし、連邦司法省と連邦憲法裁判所の対立はさらに深刻な事態に陥っていき、二人の関係も急速に悪化していくこととなる。

4. 鑑定意見：再軍備論争

当初の連邦憲法裁判所法には、鑑定意見 (gutachterliche Äußerung) に関する規定が置かれていた (97条)。すなわち、連邦議会・連邦参議院・連邦政府が共同して、または連邦大統領が単独で、連邦憲法裁判所に対して憲法問題について鑑定意見を求めることができ、それに対して連邦憲法裁判所は総会 (Plemun) で鑑定意見を表明することが規定されていた。

基本法93条2項 (2006年改正後現3項) は、基本法所定の権限以外に法律による権限付与を認めている。これに基づいて連邦憲法裁判所法によって認められた権限としては、ヘレンキームゼー会議以来の懸案であった憲法異議が有名である (1969年の基本法改正によって憲法上の根拠を獲得した。基本法93条1項4a号)。しかし、基本法93条2項の表現が議会評議会において当初の「決定する (entscheiden)」から「活動する

(66) *Hermann Höpker-Aschoff*, Schreiben des Präsidenten des Bundesverfassungsgerichts vom 13. Oktober 1952, JöR 6, S.149ff.

(67) *Willi Geiger*, Ergänzende Bemerkungen zum Bericht des Berichterstatters zur Stellung des Bundesverfassungsgerichts vom 25. März 1952, JöR 6, S.137ff.

(68) *Wengst*, Thomas Dehler (Fn.8), S.156 ; *Hermann Maassen / Elmar Hucko*, Thomas Dehler als Bundesjustizminister, in: Dorn/Henning (Hrsg.), Thomas Dehler (Fn.4), S.74.

(tätig werden)」に変わったのは、この鑑定意見を念頭に置いてのことであった⁽⁶⁹⁾（この変更にはデラーが関わっている⁽⁷⁰⁾）。鑑定意見の導入は、シュトラウス司法次官の要望に沿ったもの⁽⁷¹⁾だと言われている。しかし、デラーはバイエルン憲法の制定に際して憲法裁判所に鑑定意見の権限を与えるべきだと主張しており、あえなく否決されていた⁽⁷²⁾。バイエルン憲法制定の際には少数派であったが故に実現できなかったことを担当大臣になって実現したと考えることもできるであろう。

以上のように、議会評議会で鑑定意見に可能性を開き、連邦憲法裁判所法で実際に導入したデラーであるが、この鑑定意見が、既によく知られているように、再軍備をめぐる政治過程の中で翻弄され、皮肉にもデラーを苦しい立場に追いやることとなる。

1950年6月に勃発した朝鮮戦争は、物理的な距離が近い日本の再軍備（警察予備隊の創設）に直接的な影響を与えたが、分裂国家として東西冷戦の最前線に位置するという点で韓国と同じ状況にあった（旧西）ドイツにも決定的な影響を与えた⁽⁷⁴⁾。各国の思惑が交錯し、事態は決して単線的には進まないが、1952年5月にパリで欧州防衛共同体（EDC）条約⁽⁷⁵⁾

(69) *Doemming* u.a., Entstehungsgeschichte (Fn.10), S.679 ; *Christian Pestalozza*, Verfassungsprozeßrecht, 3.Aufl. 1991, S.236 (§17 Rn.4).

(70) *Hans Jürgen Küsters* (Bearb.), Adenauer Teegespräch 1950–1954, S.371 [Dehler].

(71) *Schiffers*, Ein mächtiger Pfeiler (Fn.13), S.87.

(72) *Stenographische Berichte* (Fn.46) Bd.1 S.54, 55 (18. Juli 1946).

(73) 比較法研究室「ドイツの再軍備と憲法裁判（一）（二）」法律論叢27巻3号（1953年）64頁以下、28巻1号（1954年）69頁以下、岩間陽子『ドイツ再軍備』（中央公論社、1993年）207頁以下など。

(74) 岩間・前掲『ドイツ再軍備』81頁以下。

(75) ドイツ語表記では EVG (Europäische Verteidigungsgemeinschaft) であるが、広く用いられている英語表記 EDC (European Defence Community) を本稿でも用いる。

が調印された。反対する SPD を中心とした野党議員は、調印に先立つ 1 月 31 日に早くも、将来議決される条約法の違憲性の確認を求める裁判を連邦憲法裁判所に提起した。同条約によればドイツの再軍備が必要となるが、憲法改正なしに再軍備が可能か、という点が憲法上の最大の問題点であった。⁽⁷⁶⁾

しかし、争いは手続法の平面で展開される（憲法裁判所は最後まで実体的な憲法判断を示すことはなかった）。そもそも機関争訟（基本法 93 条 1 項 1 号）と抽象的規範統制（同 2 号）の関係は、「憲法裁判」をどのように理解するかに関わる難問である。「憲法裁判」を主体面から観念すると機関争訟が、対象面から観念すると規範統制が前景に出てくる。両者は議論の位相を異にしているため、交錯する場面がしばしばあり、まさにそれ故に両者の区分けは困難な問題となる。⁽⁷⁷⁾しかしこの問題が、どちらの法廷の管轄になるのかという点に関わってくる——連邦憲法裁判所法 14 条により抽象的規範統制は第一法廷、機関争訟は第二法廷の管轄と

(76) この点につき、赤坂幸一「憲法留保」法学セミナー 749 号（2017 年）51-52 頁参照。ここには、1954 年 3 月の基本法改正がまず連邦の立法管轄権に手を付けたことに示されるように、連邦制特有の問題（基本法 30 条・70 条 1 項）もある。

(77) BVerfGE 2, 143 (150-52). この点については何よりも、宍戸・前掲『憲法裁判権の動態』（特に 95-108 頁）を参照。宍戸は、主体面から憲法裁判を捉える見解をドイツの正統な考え方と見る立場から、抽象的規範統制を『『憲法争訟』の規範審査的運用の制度化』（同書 127 頁）、「憲法規範の解釈をめぐる国家機関相互の争いの拡大版」（同「司法のプラグマティク」法学教室 322 号、2007 年、30 頁）と捉える。バイエルン憲法の抽象的規範統制が機関争訟の性格を残している点につき、櫻井「バイエルン憲法裁判所について（一）」甲南法学 55 卷 1・2 号（2014 年）48 頁、54-55 頁および BVerfGE 1, 396 (406f.) ; Josef F. Lindner, Die abstrakte Normenkontrolle im Bayerischen Verfassungsrecht, BayVBl. 2015, S.433ff. を参照。

(78) Willi Geiger, Einige Probleme der Bundesverfassungsgerichtsbarkeit, DÖV 1952, S.484-86. 連邦憲法裁判所は、その最初の活動からして管轄決定であった（前注 14 参照）。Geiger, Vierzig Jahre (Fn.14), S.358.

されていた——ため大きな意味をもつ。というのも、第一法廷は SPD 系の裁判官が多数を占めていたため「赤い法廷」、第二法廷は与党系の裁判官が多数を占めていたため「黒い法廷」と俗に言われていたからである（かつてアデナウアーに由来すると言われたこともあったが、連邦憲法裁判所の広報官〔Pressereferent〕を務めたヴィルムスが述べるように、⁽⁷⁹⁾憲法裁判所内部での「冗談」が発祥だという見解が近時では強い。⁽⁸⁰⁾アデナウアーは『シュピーゲル』で「赤い法廷」「黒い法廷」と言われていると述べただけのようである⁽⁸¹⁾）。デラーの見立てによれば、第一法廷は与党系 4 人、SPD 系 7 人、中立 1 人であるのに対して、第二法廷は与党系 8 人、SPD 系 3 人、中立 1 人であった⁽⁸²⁾（これは、与党側が「基本権法廷」である第一法廷よりも「国事裁判法廷」である第二法廷を重視した結果でもあった）。SPD としては、憲法改正であれば阻止できる議会少数派の権利の侵害として機関争訟を提起することも考えられたが、それ⁽⁸³⁾

(79) Willms, Zehn Jahre (Fn.37), S.279 [邦訳32-33頁]。

(80) Häußler, Konflikt (Fn.41), S.30 Fn.41.

(81) Klaus Gotto u.a. (Bearb.), Im Zentrum der Macht : Das Tagebuch von Staatssekretär Lenz 1951-1953, 1989, S.486 ; Der Spiegel 51/1952 (17. Dez. 1952), S.8. 実際 Der Spiegel 49/1952 (3. Dez. 1952), S.5 で「ボンの政治的ジャーゴン」として書かれている。

(82) Vgl. Wengst, Staatsaufbau (Fn.40), S.243. デラーは当初からこうした党派的構成について懸念していた。Wengst, Thomas Dehler (Fn.8), S.155 ; BT-Prot. 1/252 (Fn.62), S.12102 [Dehler].

(83) Ersnt Friesenhahn, Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland, 1963, S.39 [廣田健次訳『西ドイツ憲法裁判論』（有信堂、1972年）51頁]。ワイマール憲法下で違憲審査の問題が様々な形で議論されたことはよく知られているが、「ライヒ法規定の憲法適合性審査に関する法律」政府草案 1 条で抽象的規範統制の提起が 3 分の 1 以上の少数派に認められたのは、その勢力があれば憲法改正法律の制定を阻止できるというのが理由であった。Reichstags-Drucks. 3/2855 (11. Dez. 1926), S.4 ; 畑尻剛『憲法裁判研究序説』（尚学社、1988 年）113 頁。また、穴戸・前掲『憲法裁判権の動態』95 頁、鵜澤剛「抽象的違憲審査」大林啓吾＝見平典編『憲法用語の源泉をよむ』（三省堂、2016 年）243-45 頁

では「黒い法廷」によって不利な判断が下される可能性がある。他方で、抽象的規範統制だと不適法却下となるおそれがあった。そこでアルント⁽⁸⁴⁾の助言に基づき、どちらでも解釈可能な文言で訴えが提起された。連邦憲法裁判所は、これを連邦憲法裁判所法16条3項に基づき総会によって抽象的規範統制として第一法廷の管轄と決定した(BVerfGE 1, 396 [398])。バイエルンなど州憲法裁判所の中には予防的規範統制が可能なものもあるが、議会評議会から連邦憲法裁判所に関する法制に携わってきたデーラーは、鑑定意見の導入によって予防的規範統制は許されなくなったものと解していたため、当初は不適法却下になるものと高を括っていた⁽⁸⁵⁾。しかし、そのように楽観していた政府の下に、第一法廷が違憲判決を下すのではないかという噂が流れてくるようになってきた。3月にデーラーはカールスルーエを訪れ、ヘプカー＝アショフとガイガーから情報を得ていたことが、デーラーに同行した連邦首相府次官オットー・レンツ(Otto Lenz, 1903–57)の日記に記されている⁽⁸⁶⁾。第一法廷の裁判長でもあるヘプカー＝アショフからは、訴えの適法性が容易には否定されえないこと、ガイガーからは、訴えの適法性について意見が分かれているが、本案については憲法改正が必要という見解が優勢であることについて説明を受けた。デーラーは憲法裁判所全体を自らの手で爆破すると述べるほど激怒したという⁽⁸⁷⁾。もちろん政府としては対応策の検討が必要となる。政府の訴訟戦略として不適法却下を求めることは当然であるとして、さらに大統領による鑑定意見の要求が有力な選択肢であり⁽⁸⁸⁾

も参照。

(84) Wesel, Gang nach Karlsruhe (Fn.23), S.58–60.

(85) こうした経緯は BVerfGE 1, 396 (404) でも簡単に説明されている。

(86) Gotto u.a., Tagebuch von Lenz (Fn.81), S.266–68. Vgl. Vanberg, Judicial Independence (n.40), p.342 ; Wengst, Thomas Dehler (Fn.8), S.205.

(87) Tagebuch von Lenz (Fn.81), S.268.

(88) Die Kabinettsprotokolle der Bundesregierung, 207. Kabinettsitzung am

えた。鑑定意見は、先述のように総会の管轄となるため、第二法廷（黒い法廷）の裁判官も加えた裁判官全員で判断することとなるからである。しかし、この時点での鑑定意見の適法性については、ワイマール憲法下での議論⁽⁸⁹⁾からしても、連邦憲法裁判所法の解釈論⁽⁹⁰⁾としても、疑問の余地⁽⁹¹⁾がありえた。にもかかわらず、SPD が提起した規範統制の口頭弁論を目前に控えた6月6日、政府は連邦憲法裁判所に鑑定意見を求めるよう連邦大統領に依頼する⁽⁹²⁾（bitten）ことを決めた。それに応じる形でテオドア・ホイス大統領は、6月10日（口頭弁論当日）、条約法が基本法に違反するか否かについて連邦憲法裁判所に鑑定意見を求めた。同じ案件が第一法廷と総会で扱われることとなったため、連邦憲法裁判所は総会の鑑定⁽⁹³⁾手続を優先させることを提案したが、政府側は同意したものの SPD 側が反対したので、判決手続が先に進められることとなった。7月になり、SPD の抽象的規範統制は、法律案（未だ存在していない法）に対する予防的規範統制は認められないという理由で却下された（BVerfGE 1, 396）。しかしこれは、政府側にとってみれば、とりあえず違憲判断を避け得たというだけである。条約法が可決されれば抽象的規範統制を第一法廷に適法に提起できるということでもあり、しかも SPD がそうする

14. März 1952 (Bundesarchiv のウェブサイトで閲覧可能。以下同)。Vgl. *Dierk Hoffmann*, Das Bundesverfassungsgericht im politischen Kräftefeld der frühen Bundesrepublik, *Historisches Jahrbuch* 120 (2000), S.237f.

(89) Verhandlungen des 34. Deutschen Juristentags zu Köln vom 12. bis 15. September 1926, Bd.2 S.224 [Mende]: 第三読会が終わり、内容が確定することが必要。

(90) *Geiger*, Kommentar (Fn.1), S.299f. (§97 Anm.5): 鑑定意見にも、それを求める法的利益が必要であり、同一の事案について判決手続が提起されている場合には法的利益を欠く。

(91) 224. Kabinettsitzung am 30. Mai 1952 [Dehler].

(92) 225. Kabinettsitzung am 6. Juni 1952.

(93) 228. Kabinettsitzung am 17. Juni 1952.

であろうことは明らかだった（そして、そうなれば「赤い法廷」によって違憲判断が下される可能性は高い）。さらに、総会においても政府側に不利な情勢であるという情報が政府に入ってくるようになった。⁽⁹⁴⁾

「“Karlsruhe” は “Konrads Unruhe” だ」などと言われるようになった。⁽⁹⁵⁾ この時もガイガーは、連邦憲法裁判所内部の情報を——単に内情を示唆するといった程度ではなく、何対何という具合に詳細に——デラーに伝えている（11月12日）。⁽⁹⁶⁾ しかも、仮に鑑定意見で政府に好意的な見解が多数だったとしても、いずれ SPD が第一法廷に規範統制を提起することは確実であるから、「適切な時機に（rechtzeitig）」第二法廷に事件を持ち込むことまでも勧めている。かくして、条約法の第二読会が終わったタイミングで（12月6日）、連邦議会および議会多数派の基本法44条1項2文に基づく議決権を野党党派・野党議員が侵害していると主張して与党側が機関争訟を提起した。これは第二法廷（黒い法廷）の管轄となる。「トリック」とも評されるこの機関争訟の提起はデラーのアイデアだと言われるが、⁽⁹⁸⁾ その背後にはガイガーがいた（実際、1953年3月に

(94) 9月16日の閣議（247. Kabinettsitzung am 16. Sept. 1952）においてデラーは連邦憲法裁判所の多数派が連邦政府に反対である旨を伝えている。

(95) Vgl. Spiegel 51/1952 (Fn.81), S.7.

(96) Tagebuch von Lenz (Fn.81), S.466. Vgl. Hoffmann, BVerfG im politischen Kräftefeld (Fn.88), S.254. わが国では砂川事件（最大判昭和34年12月16日刑集13巻13号3225頁）における田中耕太郎長官の行動が問題視されることが多いが、ガイガーのこうした行動を問題視する文献は、管見の限り、ほとんどない。例えば Oliver W. Lembcke, Der Hüter der Verfassung, 2007 は注の中で評議の秘密保持義務との関連での問題を示唆するだけである（S.179 Fn.20）。生田暉雄『最高裁に「安保法」違憲判決を出させる方法』（三五館、2016年）29頁に見られるように、国家公務員法違反などというあり得ない批判（著者は元裁判官のはずであるが、特別職の裁判官に公務員法が適用されないことを知らないのであろうか）まで行われているわが国との差は大きい。

(97) Tagebuch von Lenz (Fn.81), S.466 ; Vanberg, Judicial Independence (n.40), p.343.

第二法廷も与党側の機関争訟を却下する〔BVerfGE 2, 143〕が、ガイガーは、機関争訟の適法性を肯定するとともに、憲法改正は不要という反対意見を書いている⁽⁹⁹⁾。憲法裁判所の判断を待つという名目で議会の手続を中断することによって、SPD 側が規範統制を提起することも封じていた(この提訴のタイミングもデラーの考案である)⁽¹⁰⁰⁾。デラーはライバルのアルトを上回る策士であったといえるが、まさに「策士策に溺れる」。政治的思惑から管轄操作を行う与党側のこのような行動に対して、12月8日、連邦憲法裁判所総会は、総会の鑑定意見は各法廷を拘束するという決定を下した(BVerfGE 2, 79)。政府側としては、有利な判断を得ようと第二法廷に提訴したにもかかわらず、これでは総会の不利な判断が第二法廷を拘束することになってしまう(鑑定意見手続の「ブーメラン」化)⁽¹⁰¹⁾。翌9日、この決定が政府側に伝えられると、政府は臨時閣議を開き、政府の見解を大統領に伝えることを決定した⁽¹⁰²⁾。それを受ける形で、大統領は12月10日に鑑定意見を取り下げた。

間もなく総会決定は全員一致ではなく、20対2であったことが公表された(後に公式判例集にも明記される)。しかし、連邦憲法裁判所で少数意見制が採用されたのは1970年改正によってである⁽¹⁰³⁾。つまり、この当

(98) *Wesel*, Gang nach Karlsruhe (Fn.23), S.63 ; *Häußler*, Konflikt (Fn.41), S.32. デラー自身がそのように語ったという。*Baring*, Außenpolitik (Fn.35), S.239.

(99) *Willi Geiger*, Abweichende Meinung zum Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 7. März 1953, in: ders., Abweichende Meinungen zu Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, 1989, S.17ff. (この反対意見は、当時は内部的なものとされており公表されてはいなかった)。本案については学者の鑑定意見でも見解が分かれていたところであり、この反対意見のポイントは機関争訟の適法性を肯定した点にこそある。

(100) *Hoffmann*, BVerfG im politischen Kräftefeld (Fn.88), S.259.

(101) *Lauffer*, Verfassungsgerichtsbarkeit (Fn.16), S.404.

(102) Sondersitzung der Bundesregierung am 9. Dezember 1952.

(103) 櫻田勝義「西ドイツ司法改革の一側面」判例時報619号(1971年)13頁以下、

時には少数意見制は存在しなかった。にもかかわらず、ガイガーは総会の鑑定意見は法廷を拘束しないという内容の反対意見を公表した。⁽¹⁰⁴⁾ガイガーは、——連邦憲法裁判所法の制定に際してSPDが主張した少数意見制は拒否されたにもかかわらず——同法30条は少数意見の可否については何も述べておらず、連邦憲法裁判所が実務の中で少数意見制を導入することは排除されていないという見解を当初から述べていた。⁽¹⁰⁵⁾とはいえ、少数意見制導入以前に少数意見が公表されたのはこの一件だけであり、⁽¹⁰⁶⁾ガイガーのこの公表は「ドイツの法曹界に大きな衝撃を与えた」⁽¹⁰⁷⁾

同「西ドイツ連邦憲法裁判所における少数意見制の成立過程」法学37巻1号(1973年)1頁以下、柴田憲司「ドイツ連邦憲法裁判所の少数意見制」大林啓吾＝見平典編『最高裁の少数意見』(成文堂、2016年)225頁以下。

(104) *Willi Geiger*, *Abweichende Meinung zu dem Beschluß des Plenums des Bundesverfassungsgerichts vom 8. Dezember 1952*. この12月13日付の反対意見は、14日に関係者に送達されたという(*Baring*, *Außenpolitik* (Fn.35), S.254. この反対意見が“*Bundesanzeiger*”に掲載されたという指摘がある[*Friedrich Karl Fromme*, *Ein ungewöhnlicher Richter*, *JöR* Bd.32 (1983), S.68]が、本稿筆者が調べた限りでは見当たらなかった)。間もなく *Der Kampf um den Wehrbeitrag*, 2.Halbband *Das Gutachtenverfahren*, 1953, S.822ff. に掲載され、現在では *Geiger*, *Abweichende Meinungen* (Fn.99), S.7ff. にも収録されている。なお、もう1人は第二法廷所属のヘネカであった。ヘネカの反対意見も現在では、*Günther Willms*, *Die Stellungnahme von Anton Alfred Henneka(†) zum Beschluß des Plenums des Bundesverfassungsgerichts vom 8. Dezember 1952*, *JR* 1985, S.91-93 に掲載されている。

(105) *Willi Geiger*, *Gesetz über das Bundesverfassungsgericht vom 12. März 1951* : Textausgabe, 1951, S.XXI. Vgl. auch *Geiger*, *Kommentar* (Fn.1), S.66f. 政府案では、公表こそ予定されていないものの、少数意見を記録に残すことができるとされていた(26条3項)。

(106) *Willi Geiger*, *Die Abweichende Meinung beim Bundesverfassungsgericht und ihre Bedeutung für die Rechtsprechung*, in: *Die Freiheit des Anderen*, *Festschrift für Martin Hirsch*, 1981, S.456 ; *Wolfgang Heyde*, *Dissenting Opinions in der deutschen Verfassungsgerichtsbarkeit*, *JöR* Bd.19 (1970), S.213.

(107) 高見勝利「西ドイツの憲法裁判」芦部信喜編『講座憲法訴訟第1巻』(有斐

と言われている。

鑑定意見の拘束力に関する法解釈論としては、ガイガーの反対意見⁽¹⁰⁸⁾を正当とする見解はあり得る⁽¹⁰⁹⁾(デラーも連邦議会でこの反対意見に賛意を表明している)⁽¹¹⁰⁾。大統領が鑑定意見を取り下げた表向きの理由も、この総会決定によって鑑定意見の性格が根本的・本質的に損なわれた、というものだった⁽¹¹¹⁾。しかし、鑑定意見の審理の直前に与党側が自己に有利な判決を得るために第二法廷に提訴するという行為に対して、連邦憲法裁判所が鑑定意見の各法廷に対する拘束力を肯定する決定を下す気になったことは心情的には理解できないこともない。連邦憲法裁判所がこの総会決定を下したのは、「双子裁判所」という構成をとった結果として、同一の憲法問題が第一法廷によっても、第二法廷によっても、総会によっても争われうるという状況にあって、裁判所の「権威 (Autorität)」⁽¹¹²⁾を失わないようにするためであったことが決定文にも示されている(20対2という評決割合をあえて公表したのも、大差であるところを示すことによってコート・パッキング・プランのような政権側からのバックラッシュを防ぐためだった)⁽¹¹³⁾。しかしこの決定は、まさしく政府・与党側の策謀

閣、1987年) 143頁注 (36)。Vgl. auch *Lembcke*, Hüter der Verfassung (Fn.96), S.183 Fn.27.

(108) Vgl. auch *Geiger*, Kommentar (Fn.1), S.298, 300.

(109) *Karl Loewensetsein*, The Bonn Constitution and the European Defense Community Treaties, 64 Yale Law Journal (1955), p.812 n.36.

(110) BT-Prot. 1/252 (Fn.62), S.12105.

(111) Der Kampf um den Wehrbeitrag (Fn.104), S.811. なお、8日の決定に関するものであるにもかかわらず、判例集にも10日のこの取下げについてまで記載されている (BVerfGE 2, 79 [83])。

(112) BVerfGE 2, 79 (85f., 91).

(113) 公表の理由については、全体の解説も含め JZ 1953, S.39 を参照。実際、連邦憲法裁判所法の改正によって事態を打開しようとする見解は説かれていた。Vgl. Bulletin des Presse- und Informationsamtes der Bundesregierung, Nr.198 (12. Dez. 1952), S.1731 ; *Häußler*, Konflikt (Fn.41), S.40. アデナウアーがその

を打ち砕いた格好となった。かつて SPD の抽象的規範統制に際しては、SPD 側の意向に従い判決手続を優先させたにもかかわらず、今回は鑑定手続を優先させるとしたことにも政府側は不満であった。⁽¹¹⁴⁾

当然のことながら、この総会決定に対しては、政府・与党側から激しい批判が巻き起こった。アデナウアーも 9 日の臨時閣議で「法的根拠を明らかに欠いた決定」だと批判していた。連邦議会でも同様の批判を表明した。⁽¹¹⁵⁾とはいえ批判の急先鋒はデーラー司法大臣であった。デーラーも裁判所批判が司法権の独立や裁判所の権威にとって脅威になりうることを認識しており、バンベルク高裁長官時代には、イギリスの「法廷侮辱 (contempt of court)」まで持ち出してプレスに自制を要請したこともあった。⁽¹¹⁶⁾しかしデーラーは、先述のように、自身の連邦司法省を、すべての国家権力の行為の合法性・合憲性を監視する「憲法省」にしようという構想を抱いており、司法省も「憲法の番人」としての役割を果たすべきだと考えていた。確かに憲法裁判所も憲法の番人である（あくまで *Hüter der Verfassung* であって *Herr der Verfassung* ではない）。⁽¹¹⁷⁾しかし「憲法の番人」問題には常に「誰が番人の番をするのか」という古典的問題が付きまとう。⁽¹¹⁸⁾憲法裁判所という「憲法の番人」の番をするの

気を持っていたことについては、Tagebuch von Lenz (Fn.81), S.492, 495 を参照（第一法廷と第二法廷の事件数の不均衡、第一法廷の過剰負担など改正を必要とする客観的状況があったことも確かである）。そうした試みと挫折について、Vanberg, *Judicial Independence* (n.40), p.344-46 を参照。

(114) Küsters, Adenauer Teegespräch (Fn.70), S.380 [Dehler/Adenauer] ; BT-Prot. 1/252 (Fn.62), S.12104f. [Dehler]. 前者の“Kanzlertee”ではジャーナリストから順番に処理しているだけではないかとの疑問が提起されているが、背景にある解釈論につき、前注 (90) を参照。

(115) BT-Plenarprotokoll 1/244 (11. Dez. 1952), S.11650 ; 1/253 (5. März 1953), S.12160f.

(116) Wengst, Thomas Dehler (Fn.8), S.98.

(117) BT-Prot. 1/252 (Fn.62), S.12102 [Dehler].

は憲法省としての司法省の任務である。だからこそ、連邦憲法裁判所の越権行為・憲法違反行為に対して批判することは職権であるとともに職務（義務）ですらあると考えて、デラー自身も「信じられないほど厳しい（unglaublich bitter）」ものであると認識していた批判⁽¹¹⁹⁾をあえて行ったのである（連邦議会でその旨の説明をする際に、連邦憲法裁判所の裁判を「監視する（überwachen）」という表現を用いたことが余計に物議を醸す結果となった）。デラーは後に、アデナウアーがテレビ判決（BVerfGE 12, 205）に対して「誤り（falsch）」だと批判したことと、自分の批判が同じ扱いを受けること⁽¹²²⁾に対して不満を述べている。アデナウアーと袂を分かった後とはいえ、自分の批判を正当なものと考えていたことが窺われる。バイエルン憲法以来自分ほど憲法裁判所の問題に真剣に取り組んできた者はいないという自負、議会評議会から鑑定意見を扱ってきた自分の方が鑑定意見の法的性質を理解しているという自負⁽¹²⁵⁾もデラーにはあった。

確かに、鑑定意見は、その性質上、拘束力をもたないはずであって、鑑定意見に拘束力を認める総会決定には何ら法的根拠がなく、「法の解釈」を超えた「法の制定」であり、越権行為（ultra vires）だという批判はありうる。また、一連の裁判で政府側の文書を作成する任を担った

(118) Ebd., S.12105 [Dehler] ; Teegespräch (Fn.70), S.381 [Dehler].

(119) BT-Prot. 1/252 (Fn.62), S.12101-103 [Dehler] ; 1/270 (11. Juni 1953), S.13336 [Dehler] ; *Wengst*, Thomas Dehler (Fn.8), S.217f.

(120) Teegespräch (Fn.70), S.389 [Dehler].

(121) BT-Plenarprotokoll 3/147 (8. März 1961), S.8303.

(122) *Konrad Zweigert*, Zum richterlichen Charisma in einer ethisierten Rechtsordnung, Festgabe für Carlo Schmid zum 65. Geburtstag, 1962, S.301.

(123) *Friedrich Henning* (Hrsg.), Theodor Heuss : Lieber Dehler, Briefwechsel mit Thomas Dehler, 1983, S.168.

(124) Vgl. BT-Prot. 1/252 (Fn.62), S.12101 [Dehler].

(125) Ebd., S.12105 [Dehler].

のはデーラー大臣の連邦司法省であり、不利な立場の一方当事者が裁判所⁽¹²⁶⁾に不満を漏らすことはよくある話であって、「この決定を断じて受け入れることはできない」という批判は通常の反応といえる。しかしデーラー⁽¹²⁷⁾の批判はその域を超えていた(連邦議会でも問題とされたほどである)⁽¹²⁸⁾。なかでも「連邦憲法裁判所は恐るべきやり方で法の道から外れた」という批判は有名である⁽¹²⁹⁾。デーラーとしては、憲法裁判所が政治的な決定を下さないように設計の際には努めてきた⁽¹³⁰⁾。11月には政治的判断ではなく法的判断を下すことを望むと釘を刺していた⁽¹³¹⁾。「最大の欠陥は党派的な構成ではなく裁判官の資質の欠如だ」などという批判は最大級の批判と⁽¹³²⁾

(126) *Loewensetsein*, Bonn Constitution (Fn.109), p.806. 一般的には、赤坂・前掲注(43)「連邦政府内部の憲法適合性審査」75頁を参照。学者の鑑定意見に注目が集まることが多いが、*Der Kampf um den Wehrbeitrag* (Fn.104)には連邦司法省の文書も複数掲載されている(1.Halbband Die Feststellungsklage, 1952にも)。

(127) *Teegespräch* (Fn.70), S.377 [Dehler].

(128) BT-Prot. 1/252 (Fn.62), S.12096-113.

(129) この批判は *Der Spiegel* 52/1952 (24. Dez. 1952), S.5 のようなメディアに掲載されただけでなく、*Baring*, Außenpolitik (Fn.35), S.252 [ders., Im Anfang war Adenauer, 2.Aufl. 1982, S.423] 等の政治史研究や *Wesel*, Gang nach Karlsruhe (Fn.23), S.71 等の連邦憲法裁判所の歴史研究などでもよく引用されるが、*Zweigert*, Zum richterlichen Charisma (Fn.122), S.301 ; *Friesenhahn*, Verfassungsgerichtsbarkeit (Fn.83), S.47f. Fn.134 等を見ると、連邦憲法裁判所裁判官の耳にも届いていたことがわかる。連邦議会でも問題とされた(BT-Drucks. 1/3974)。

(130) Vgl. *Schiffers*, Entstehung (Fn.29), S.292 ; *Collings*, Democracy's Guardians (n.36), p.5f.

(131) 「威圧」「圧力」とも受け止められかねない、このパート・エムスでの演説(1952年11月21日)は *Henning*, Lieber Dehler (Fn.123), S.86-95 に掲載されている(問題とされた発言は S.90)。すぐさまホイスがたしなめた(ebd., S.83ff.)ように、ここでの発言がデーラー司法大臣にとって「終わりの始まり」だったといえる。普仏戦争と同様に原因はエムスに発していた。

(132) *Teegespräch* (Fn.70), S.390 [Dehler] ; *Spiegel* 51/1952 (Fn.81), S.9. なお、*Der Spiegel* 34/1953 (19. Aug. 1952), S.9-15 では、これらの批判も含めデ

いえるだろう。ともあれ、司法大臣が憲法裁判所を公然と批判したことは憲法裁判所の権威を大きく傷つけることとなった。盟友だったヘプカー＝アショフ長官も不快の念を示すようになった。⁽¹³³⁾

さらに一連の経緯は、もう1人のFDPの盟友であるホイスが担っていた連邦大統領職の権威をも傷つけることになってしまった。大統領が憲法違反と考える法律の署名を拒否できるか、という有名な憲法問題がある⁽¹³⁴⁾（法律に対する君主の裁可拒否の可否という古典的憲法問題に由来する由緒正しい問題であるが、「代替君主」と位置付けられたワイマール憲法下とは異なる大統領の地位をどう評価するかという点が関わってくる）。この問題に対して、鑑定意見は一つの解決策を与えうるものであった。⁽¹³⁵⁾ 実質的審査権を肯定する立場からは、審査権の行使に役立つだけでなく、大統領が審署した法律が後に違憲無効と判断される事態を回避でき、他方で否定する立場からは、署名義務と憲法擁護義務という「義務の衝突」の葛藤を回避でき、いずれにせよ大統領の権威を守ることを可能とするのが鑑定意見の制度であった。当初の政府案では、慎重を期すという理由から連邦議会・連邦参議院・連邦政府が共同してのみ鑑定

ーラーの数々の発言が特集されている。

(133) *Wengst*, Thomas Dehler (Fn.8), S.216-18, 220f. ; *ders.*, Staatsaufbau (Fn.40), S.322f. ; *Lembcke*, Hüter der Verfassung (Fn.96), S.190.

(134) どの教科書・コンメンタールでも触れられる問題であるが、ここでは連邦大統領経験者による *Roman Herzog*, Bundespräsident und Bundesverfassungsgericht, in: *Einigkeit und Recht und Freiheit*, Festschrift für Karl Carstens zum 70. Geburtstag Bd.2, 1984, S.604ff. ; *Johannes Rau*, Vom Gesetzesprüfungsrecht des Bundespräsidenten, DVBl. 2004, S.1ff. のみを挙げておく。

(135) ワイマール憲法下で国事裁判所に鑑定意見の権限を付与する案の説明では、憲法上の理由から法律の公布を拒否する際に大きな意味を持ちうることが指摘されていた。RT-Drucks. 3/2855, S.5 ; *Wilhelm Külz*, Die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von Vorschriften des Reichsrechts, Deutsche Juristen-Zeitung 31 (1926), Sp.844f. ; 畑尻・前掲『憲法裁判研究序説』109-17頁。

意見を求めることができたのに対して、まさに大統領自身の要望（1950年7月7日）によって大統領も鑑定意見を求めることができるようになったという経緯がある。⁽¹³⁶⁾ こうした鑑定意見の制度が、第一法廷の不利な判断を避けるために総会に鑑定意見を求め、総会で不利な判断が下されそうになると取り下げるという行動によって、逆に大統領の政治的中立性に疑義を生じさせ、その権威を傷つけることとなってしまったのである。

ホイスの行動の正当化を試みる各種の見解も見られるが、鑑定意見を求める際に申請書の作成が大統領府ではなく首相府で作成され、⁽¹³⁷⁾ しかもデーラーが協力していたことは、⁽¹³⁸⁾ 大統領が政府・与党の意向に沿って動いたと疑わせるには十分である。⁽¹³⁹⁾ アルントが6月に取下げを要請した際には従わなかったにもかかわらず、政府側の要請には従ったことにも疑問の目が向けられた。⁽¹⁴⁰⁾ 確かに、ホイスは連立政権の一翼を担うFDPの中心メンバーだったとはいえ、大統領として中立的・超党派的な立場を保とうとしていた。⁽¹⁴¹⁾ そのためか、鑑定意見を求める際にも取り下げる際にも、政府あるいはアデナウアーの「強い要請」「圧力」があったと説か

(136) *Schiffers*, Ein mächtiger Pfeiler (Fn.13), S.94 ; *Hoffmann*, BVerfG im politischen Kräftefeld (Fn.88), S.243 ; *Laufer*, Verfassungsgerichtsbarkeit (Fn.16), S.119.

(137) *Baring*, Außenpolitik (Fn.35), S.226. この点についても大統領府の人材不足を指摘する見解がある。*Hoffmann*, BVerfG im politischen Kräftefeld (Fn.88), S.246.

(138) *Wengst*, Thomas Dehler (Fn.8), S.207 ; *Collings*, Leibholz (Fn.63), S.238.

(139) この出来事の真相も不明である。Vgl. BT-Prot. 1/253 (Fn.115), S.12162 [Adenauer/Arndt] ; 12164f. [Arndt].

(140) Spiegel 51/1952 (Fn.81), S.6, 10.

(141) *Karl Dietrich Bracher*, Theodor Heuss und die Wiederbegründung der Demokratie in Deutschland, 1965, S.34. ホイスの大統領に関する考えがイギリス型立憲君主に近いことについては、同書 S.32 を参照。

れることが現在でもある。⁽¹⁴²⁾より問題とされる「取下げ」についてアデナウアーは、政府は政府の見解を伝えただけで、大統領の決定は宰相・大臣の副署のない——自己の責任に基づく——高度に個人的な決定であったと強調している。⁽¹⁴³⁾アデナウアーは、リングを注文したのにナシを出すと言われたのだから、ナシなら要らないとなるのは当然のこと、という例を挙げて、大統領の決定は極めて自然な行為だったという説明も行っている。⁽¹⁴⁴⁾大統領に取下げを強く求めたのは、閣内で最もホイスに近いデラーではないか、というのが当時からの一般的な見立てであった。デラーもホイスも否定するため真相は藪の中としか言いようがないが、⁽¹⁴⁵⁾各種の状況から見てやはりデラーだったと考えてよいように思われる。⁽¹⁴⁶⁾デラーの論拠は次のようなものであった。⁽¹⁴⁷⁾すなわち、既にみたように、デラーは憲法裁判所のみが「憲法の番人」であるとは考えていなかった。自らの司法省もその任を担う構想であったが、なかでも「憲法の最高の番人」は連邦大統領である。憲法裁判所の今回の決定は「法の破砕 (Rechtsbruch)」であり、基本法および諸法律を保持し擁護すると宣誓した大統領 (基本法56条) は、この「法の破砕」を阻止する義務を負う、と。はたしてホイスは、自らの行動を説明する際に、確かに憲法裁判所は憲法の番人だが、大統領ももう1つの憲法の番人だと述

(142) 例えば, *Christoph Schönberger*, Anmerkungen zu Karlsruhe, in: Das entgrenzte Gericht (Fn.58), S.22 [邦訳13-14頁] ; *Rolf Lamprecht*, Ich gehe bis nach Karlsruhe, 2011, S.21f. など。

(143) Teegespräch (Fn.70), S.365 ; BT-Prot. 1/244 (Fn.115), S.11650 ; 1/253 (Fn.115), S.12161.

(144) *Konrad Adenauer*, Erinnerungen 1953-1955, 1966 (3.Aufl. 1980), S.186.

(145) BT-Prot. 1/252 (Fn.62), S.12107 [Dehler] ; *Henning*, Lieber Dehler (Fn.123), S.160 ; *Baring*, Außenpolitik (Fn.35), S.246.

(146) Vgl. *Wengst*, Thomas Dehler (Fn.8), S.214.

(147) Ebd. ; *Henning*, Lieber Dehler (Fn.123), S.159, 181f. Vgl. auch Teegespräch (Fn.70), S.376 [Adenauer], S.382 [Dehler].

⁽¹⁴⁸⁾
べた。

ともあれ、デーラーの言動は、結果として憲法裁判所の権威も大統領の権威も失墜させることとなってしまった。“Frankfurter Allgemeine”や“Süddeutsche Zeitung”のような主要新聞のほか“Der Spiegel”のような有力雑誌などでも「国家の危機 (Staatskrise)」「憲法の危機 (Verfassungskrise)」等と報じられた。⁽¹⁴⁹⁾

当然のことながら、最初の連邦憲法裁判所法の改正 (1956年7月) に際して、鑑定意見のあり方も争点となった。当初の政府案では改正が目指されていた。⁽¹⁵⁰⁾ 総会ではなく、内容に基づいて管轄権を有する法廷が担当することと改めることによって「総会の決定が各法廷を拘束する」とした1952年12月8日の総会決定を無意味にし、しかも鑑定意見は拘束力をもたないことも明記するというものである。⁽¹⁵¹⁾ 12月8日総会決定を覆すことが目的であることは明らかであった。しかし結局のところ、連邦憲法裁判所の意向も受けて、97条は全面削除されることとなった。⁽¹⁵²⁾ その背後に、この「不幸な経験 (unhappy experience)」⁽¹⁵³⁾ があったことは疑いの余地がない。しかし、司法の本来の任務は争訟の決定であって拘束力のない鑑定意見の表明ではないという表向きの理由⁽¹⁵⁴⁾は、日本における司法権および違憲審査制について考える際にも示唆に富むものである (例え

(148) Bulletin (Fn.113), S.1729.

(149) Vanberg, Judicial Independence (n.40), p.344f.

(150) BT-Drucks. 2/1662, S.3.

(151) Ebd., S.15.

(152) BT-Drucks. 2/2388, S.4 ; BGBl. I, S.662 [小木貞一訳「連邦憲法裁判所に関する法律の改正法律」自由と正義9巻2号(1958年)号外3頁以下]。

(153) Taylor Cole, The West German Federal Constitutional Court, 20 The Journal of Politics (1958), p.291.

(154) BT-Drucks. 2/2388, S.4. これは、まさに連邦憲法裁判所の見解でもあった。BVerfGE 2, 79 (86) ; Willi Geiger, Zur Reform des Bundesverfassungsgerichts, in: FS Nawiascky (Fn.48), S.216.

ば、鑑定意見は拘束力がないため他の憲法機関によって無視される可能性がある。こうした事態による権威の失墜を連邦憲法裁判所は懸念していた。この懸念は、憲法裁判所の裁判の拘束力について定める連邦憲法裁判所法31条のような規定が明示的には存在しない日本では判決についても問題となり得る。最高裁の違憲判断はおおむね尊重されているが、⁽¹⁵⁵⁾下級審の違憲判断は無視されることもある。⁽¹⁵⁶⁾これは、政治側の問題という面もあるが、制度的な問題も多分にあると考えられる⁽¹⁵⁷⁾。

5. 法と政治と

地位論争で争われた問題については、連邦憲法裁判所の要求に沿う形で法律改正が実現された。⁽¹⁵⁸⁾デラーは最後まで反対し続けたものの、⁽¹⁵⁹⁾遙

(155) 多くの文献で指摘されていることではあるが、例えば、佐々木雅寿『対話的違憲審査の理論』（三省堂、2013年）を参照。

(156) 例えば、イラク派兵差止訴訟の控訴審判決（名古屋高判平成20年4月17日）に対して、航空幕僚長が——当時流行していたギャグを用いて——「そんな関係ねえ」と発言した例（朝日新聞2008年4月19日）などは典型的といえるだろう。傍論における違憲判断という別の問題もあるが、政府の方針に対して全く影響力を持ち得なかったという事実は残されている。内閣参質169-141（平成20年6月13日）も参照。

(157) 最高裁が違憲判断を下すためには大法廷で8人以上の賛成が必要とされている（最高裁判所裁判事務処理規則9条・12条）のに対して、下級審は3人（あるいは1人）でも違憲判断を下せる現状は、「一部の変な裁判官」による判断に過ぎないと解釈する可能性を与えるため、下級審の違憲判断の権威にとって適切とは言い難いように思われる。櫻井智章『判例で読む憲法』（北樹出版、2016年）52頁。

(158) *Gerhard Leibholz*, Einleitung, JöR 6, S.113-16 ; *ders.*, Der Status des Bundesverfassungsgerichts, in: Das Bundesverfassungsgericht 1951-1971, 1971, S.50ff. [和田英夫＝廣田健次訳「西ドイツ連邦憲法裁判所の地位」日本法学44巻1号（1978年）60頁以下]。

(159) *Häußler*, Konflikt (Fn.41), S.28 ; *Collings*, Leibholz (Fn.63), S.243 ; *Wengst*, Thomas Dehler (Fn.8), S.226.

かに重要な再軍備（EDC 条約）問題を前にして連邦憲法裁判所と良好な関係を築こうとする思惑が政府・与党側にあったためだと言われている⁽¹⁶⁰⁾。その再軍備問題については、1953年9月の連邦議会選挙で与党側が勝利をおさめ、1954年3月に憲法改正という形で解決が図られた（この憲法改正は、「基本法の解釈に関する疑義を解明するため」になされたものであり、73条1号の連邦の立法管轄権に防衛事項を加えただけでなく、憲法改正に関する79条1項に第2文を加え、142a条の追加によって条約の合憲性を確定させようとするものであった）。SPD はなおも裁判闘争を続けたが、EDC 条約自体が1954年8月にフランス国民議会の拒絶によって頓挫してしまった。かくして、戦後（西）ドイツの法と政治の世界を揺るがせた論争は、ボンでもカールスルーエでもなく、パリで終結した。その後、NATO 加盟・連邦軍の創設という方向に進んだことは周知のとおりである。

地位論争と再軍備論争。ともに戦後初期の重要な論争であり、日本でもしばしば触れられるが、別々に扱われることも多い。しかし、両論争は、連邦憲法裁判所が発足して間もない1952年に連邦政府（特に連邦司法省）と対立した事件として共通性を有している。実際、連邦政府が「覚書」を受け取ったのが再軍備論争の真ただ中であつたことは重要な意味をもった。また、地位論争ではライプホルツに、再軍備論争ではアデナウアーに注目が集まるのは、ある意味では当然と言える。しかし、両論争に共通して重要な役割を演じたのはデーラーであつた。そしてデーラーの中では、先述のように、両論争は密接に関連していた。⁽¹⁶¹⁾ 当のデ

(160) *Wesel, Gang nach Karlsruhe* (Fn.23), S.79 ; 高田篤「ドイツ連邦憲法裁判所の『自己言及』」法律時報89巻5号（2017年）33頁・34頁。加えて、野党や連邦参議院の意向も重要だったことはもちろんである。*Vanberg, Judicial Independence* (n.40), p.338-40.

(161) *Vgl. auch Hoffmann, BVerfG im politischen Kräftefeld* (Fn.88), S.257.

ーラーは、その際の一連の言動（連邦憲法裁判所との対立）が大きな原因となって、連邦司法大臣に再任されることはなかった。大統領ホイスが再任を拒否したといわれることもあるが、背後にはヘプカー＝アショフの意向があったようである。⁽¹⁶²⁾デーラー自身もヘプカー＝アショフの干渉が原因だったと考えていた。⁽¹⁶³⁾いずれにしろ、FDPの盟友から司法大臣としてNoを突き付けられた格好になることは確かである。⁽¹⁶⁴⁾

再軍備論争では政府・与党側からの連邦憲法裁判所に対する批判も強かったが、立場的にも司法大臣デーラーの批判は大きな意味をもった（野党SPDが問題としたのも、内容もさることながら、司法大臣としての立場での発言だったからである）。⁽¹⁶⁵⁾宰相アデナウアーが、当初こそ連邦憲法裁判所を批判したものの、すぐさま宥和的な方針に切り替えたため、デーラーは梯子を外された格好となってしまった。そのため「振り上げた拳を降ろすきっかけを失ったデーラー法相は、翌年の新内閣からははずされた。それまでアデナウアーの政策の支持者であったデーラーは、これをきっかけに彼の敵対者に回ってしまった⁽¹⁶⁶⁾」と評されている。

(162) *Theodor Eschenburg*, Was darf der Präsident?, *Die Zeit* Nr.10/1969 (7. März 1969) ; *Helmut Kaja*, Ministerialverfassung und Grundgesetz, *AöR* 89 (1964), S.417. 首相が提案した大臣の任命を大統領は拒否できるか、という憲法問題に関連してコンメンタールで触れられることもある。*Roman Herzog*, in: *Maunz/Dürig* (Hrsg.), *Grundgesetz Kommentar*, Art.64 Rn.15 (Lfg.52 Mai 2008) ; *Georg Hermes*, in: *Horst Dreier* (Hrsg.), *Grundgesetz Kommentar* Bd.2, 3.Aufl. 2015, S.1607 Fn.110.

(163) *Wengst*, *Thomas Dehler* (Fn.8), S.231–33 ; *ders.*, *Staatsaufbau* (Fn.40), S.323 ; *Wesel*, *Gang nach Karlsruhe* (Fn.23), S.74 ; *Häußler*, *Konflikt* (Fn.41), S.37 ; *Lembcke*, *Hüter der Verfassung* (Fn.96), S.190. 辞職やEDC裁判へのマイナスの影響まで示唆して反対したという。

(164) *Henning*, *Lieber Dehler* (Fn.123), S.168.

(165) BT-Prot. 1/252 (Fn.62), S.12097f. [Gülich] ; 1/253 (Fn.115), S.12165 [Arndt] ; 1/270 (Fn.119), S.13333 [Wagner] ; BT-Drucks. 1/4360.

(166) 岩間・前掲『ドイツの再軍備』213頁。Vgl. *Adolf M. Birke*, *Nation ohne* (甲南法学'19) 59-3・4-82 (168)

その後、デーラーは FDP 党首や連邦議会副議長を務めるなど、政治家としては見事な経歴で生涯を閉じている（こうした功績から FDP の本部建物は、ボン時代からベルリンに移った後も Thomas-Dehler-Haus と名付けられていた⁽¹⁶⁷⁾）。しかし、デーラーの政治キャリアの頂点はやはり司法大臣時代であった⁽¹⁶⁸⁾。デーラー自身も、尊敬するラートブルフも務めた司法大臣の職を誇りとしていた⁽¹⁶⁹⁾。それだけに、司法大臣に再任されなかった時のデーラーの失望は大きかったという⁽¹⁷⁰⁾。デーラーとしては、自分こそが連邦憲法裁判所の「生みの親」だという自負があったはずである。議会評議会から連邦憲法裁判所の設立に関わり、連邦憲法裁判所法政府案を「私の草案 (mein Entwurf)」とすら呼んでいる⁽¹⁷¹⁾。先述のように、連邦憲法裁判所法に担当大臣として署名をしたのもデーラーであった。また、連邦憲法裁判所の別名にまでなった「カールスルーエ」を所在地として推したのもデーラーであった⁽¹⁷²⁾。そうであるからこそ、デーラーの

Haus, 1989, S.324.

(167) 通算18年という長期にわたって外務大臣を務めたゲンシャー（1927-2016）の逝去に伴い、2017年に Hans-Dietrich-Genscher-Haus に変わった。

(168) *Wengst*, Thomas Dehler (Fn.8), S.234.

(169) Vgl. *Thomas Dehler*, Geleitwort, in: *Gustav Radbruchs Entwurf eines allgemeinen deutschen Strafgesetzbuches* (1922), 1952. これは司法大臣時代に出版したラートブルフの刑法草案（この草案自体は現在では *Gustav Radbruch*, *Gesamtausgabe* Bd.9, 1992 にも所収）に書いた「序文」である。デーラーは博士論文が刑事裁判に関するものであったように、本来は刑事法を専門としていた。

(170) *Maassen/Hucko*, Thomas Dehler als Bundesjustizminister (Fn.68), S.69.

(171) *Teegespräch* (Fn.70), S.370 [Dehler].

(172) *Geiger*, *Begegnungen* (Fn.4), S.101f. ; *Schiffers*, *Ein mächtiger Pfeiler* (Fn.13), S.86, 99. 当初から連邦憲法裁判所は連邦通常裁判所と同じ所在地にする構想していたが、まず連邦通常裁判所の所在地につきアデナウアーのケルン案を破ってカールスルーエとし、連邦憲法裁判所の所在地についても SPD のベルリン案を破って同じくカールスルーエとした。*Wengst*, Thomas Dehler (Fn.8), S.145f., 153 ; *Schiffers*, *Grundlegung* (Fn.18), S.400ff. ケルン案を破った際に重要だったのが、司法権の独立にとって政府からの距離が重要だ（ケルンだとボン

言動が逆説的に連邦憲法裁判所の権威を高めることに寄与したという評価がなされる⁽¹⁷³⁾のは、デラーにとっては、なんとも皮肉な結果と言わなければならない。

他方、1949年9月にデラーによって連邦司法省に抜擢されたガイガーは、さらに50年10月には同じくデラーによって連邦通常裁判所(BGH)の裁判官に選任された⁽¹⁷⁴⁾。そして、51年9月には(基本法94条にいう「連邦裁判官」と「その他の構成員」のうち「連邦裁判官」として連邦憲法裁判所裁判官に選任されることとなる(そのため任期は連邦裁判官としての定年68歳までであった)⁽¹⁷⁵⁾。1961年10月末までの10年余りは両職を兼任していた。1951年から71年まで20年もの長きにわたり連邦憲法裁判所第二法廷で同僚だったライブホルツは、両職を兼任したガイガーの異常な労働力に驚嘆している。1961年当時に兼任していたのはガイガー⁽¹⁷⁶⁾だけであり、兼任を不可能としたドイツ裁判官法70条の規定は実際⁽¹⁷⁷⁾

に近すぎる」という論拠である。日本には見られない考え方であり、興味深い。

(173) *Felix Lange*, *Der Dehler-Faktor, Der Staat* 56 (2017), S.77ff.

(174) 連邦通常裁判所の裁判官は、連邦大統領が任命する(基本法60条1項)が、その選定は、当時も現在も、連邦司法大臣が——裁判官選出委員会と共同して——行う(当時の基本法96条2項・95条3項、現95条2項、裁判所構成法125条1項)。

(175) *Albrecht Wagner*, *Entstehung, Organisation und Kompetenzen des Bundesverfassungsgerichts*, DRiZ 1961, S.283 [最高裁判所事務総局仮訳「ドイツ連邦共和国憲法裁判所の成立、組織、権限」法曹時報16巻5号(1964年)45頁]、初宿正典「最高裁判所裁判官の定年制」(1999年)『日独比較憲法学研究的論点』(成文堂、2015年)565-67頁。

(176) *Gerhard Leibholz* u.a., *Geleitwort*, in: *Menschenwürde und freiheitliche Rechtsordnung*, Festschrift für Willi Geiger zum 65. Geburtstag, 1974, S.X. 法学教授との兼職とは異なり、給料は連邦憲法裁判所裁判官の給料のみだったという。*Hans Joachim Faller*, *Bundesverfassungsgericht und Bundesgerichtshof*, AöR 115 (1990), S.193 Fn.30.

(177) *Helmut Engler*, *Die Richter des Bundesverfassungsgerichts*, DRiZ 1961, S.290 [最高裁判所事務総局仮訳「ドイツ連邦共和国憲法裁判所の裁判官」法曹時

上「ガイガー法 (Lex Geiger)」⁽¹⁷⁸⁾とでもいうべきものであった。連邦憲法裁判所法の起草者としてコンメンタールを著したガイガーは、連邦憲法裁判所の組織・手続に精通する裁判官として、1977年11月まで26年超という——現行の制度ではそもそも不可能な——歴代最長の任期を務めることとなる。「憲法訴訟法の発展は『創設期』には、外部からも明らかに、ガイガーの連邦憲法裁判所法コンメンタール (1952年) から強い影響を受けていた」⁽¹⁷⁹⁾と言われるほど初期の憲法訴訟法の発展に寄与した。第二法廷の「影の裁判長 (heimlicher Vorsitzender)」⁽¹⁸⁰⁾と呼ばれ、立法および裁判に対して戦後最も影響力のあった裁判官と評されることもある⁽¹⁸¹⁾(アデナウアー政権の方針を支えた点において、KPD を違憲としたヴィントリッヒと並んで挙げられることもある)⁽¹⁸²⁾。連邦通常裁判所においても、「公法部」とも称される民事第三部の裁判官 (1953年5月からは裁判長) として、特に収用に際しての損失補償 (基本法14条3項4文により通常裁判所の管轄とされている) に関する判例に対して大きな影響力をもったという⁽¹⁸³⁾。予防接種禍に対する損失補償の問題⁽¹⁸⁴⁾については、日

報16巻5号 (1964年) 68頁〕。1953年12月まではヘネカも兼任していた。Faller, BVerfG und BGH (Fn.176), S.193.

(178) Fromme, Ein ungewöhnlicher Richter (Fn.104), S.66 ; Godau-Schüttke, Entnazifizierung und Wiederaufbau (Fn.5), S.206.

(179) Peter Häberle, Verfassungsprizeßrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht im Spiegel der Judikatur des BVerfG (1976), in: ders., Verfassung als öffentlicher Prozeß, 1.Aufl. 1978, S.631 Fn.4 [畑尻剛=土屋武編訳『多元主義における憲法裁判』(中央大学出版部、2014年) 81-82頁注 (4)]。

(180) Kramer, Ein vielseitiger Jurist (Fn.5), S.373.

(181) Godau-Schüttke, Entnazifizierung (Fn.5), S.203.

(182) Michael Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd.4 2012, S.153.

(183) DRIZ 1961, S.395. Vgl. auch Willi Geiger, Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Grundgesetz, JöR Bd.11 (1962), S.121ff. ; Erich Hussla, Aus der Rechtsprechung des III. Zivilsenats, in: 25 Jahre Bundesgerichtshof,

本法にとっても重要な知的源泉となっている。⁽¹⁸⁵⁾

ガイガーの政治的傾向は、連邦憲法裁判所裁判官への選出が CSU の推薦であったということからも想像されるように、「保守的」といえる（敬虔なカトリックであった）⁽¹⁸⁶⁾。まさにそうだからこそ、デーラーによるガイガーの抜擢は、政治的思想に基づくものではなく、法的能力に基づくものであったといえることができる。デーラーが連邦憲法裁判所と対立した2つの論争（地位論争・再軍備論争）において、連邦憲法裁判所の内部から多数意見を批判したのが奇しくもガイガーであった。それは、政治的なものではなく、あくまで法的なものであった。しかし、デーラーに対して憲法裁判所内部の情報を伝えており、再軍備論争では当時認められていなかった反対意見の公表まで敢えて行っているのであり、そこに恩義のようなものが含まれていたのか否か。それとも、政府に不利な情報を事前に伝えることで不意打ち的な判決になることを防ぐことによって、あるいは憲法裁判所内部にも政府の見解に賛同する裁判官がいる

1975, S.34ff.

(184) 1953年2月19日判決（BGHZ 9, 83）、1956年10月15日判決（BGHZ 22, 43）、1957年3月18日判決（BGHZ 24, 45）など。藤倉皓一郎ほか「予防接種事故と補償をめぐって」判例タイムズ605号（1986年）7-9頁〔塩野宏〕、西埜章『公法上の危険責任論』（東洋館出版社、1975年）217頁以下、山田準次郎『国の無過失責任の研究』（有斐閣、1968年）173頁以下、折登美紀「予防接種禍補償を基礎づける憲法原理」（関西学院大学）法と政治42巻4号（1991年）93頁以下。

(185) 例えば、東京高判平成4年12月18日判時1445号3頁（東京地判昭和59年5月18日判時1118号28頁〔中山茂樹「判批」長谷部恭男ほか編『憲法判例百選Ⅰ〔第6版〕』（有斐閣、2013年）230-31頁）の控訴審）における被控訴人（原告）側の主張（85頁以下）では、しばしばドイツの判例に言及されている。

(186) *Kramer*, Ein vielseitiger Jurist (Fn.5), S.373 Fn.1. ガイガーは CDU/CSU、連邦政府、バイエルン州政府の推薦リストに名前があったという。*Wengst*, Staatsaufbau (Fn.40), S.232 Fn.31.

(187) *Kramer*, Ein vielseitiger Jurist (Fn.5), S.377f. ; *Godau-Schüttke*, Entnazifizierung (Fn.5), S.204.

ことを示すことによって、政府との正面衝突を回避するという高度な役回り⁽¹⁸⁸⁾を演じたのか。

ともあれ、連邦憲法裁判所は、連邦政府と対立したいいわゆる「第一の危機」を脱することによって、高い権威を獲得することに成功した（再軍備論争では、総会は政治的意図に基づく管轄操作に異を唱え、第一法廷は野党側の、第二法廷は与党側の意向に反する判決をそれぞれ下すことによって、「赤と黒」は隣国の小説の話であって、連邦憲法裁判所の問題ではないことを示した⁽¹⁸⁹⁾）。そのため、連邦憲法裁判所が権威を獲得していくサクセス・ストーリーとして、この2つの論争が扱われることも多い⁽¹⁹⁰⁾。そして、そのサクセス・ストーリーには、さらに他の裁判所（Fachgerichte）、とりわけ「歴史と伝統」のある連邦通常裁判所（BGH）に対して、「新参者」の連邦憲法裁判所が権威を獲得していく過程が付け加わることも多い。このカールスルーエ内部での争い（日本の現状から見ると、専門裁判所が憲法問題に積極的に関わろうとする姿勢はそれとして興味深い）において連邦憲法裁判所と対立したヴァインカウフ BGH 長官は、デラー大臣がシュトラウスに替えて次官に据えようとしたほどデラーの信頼の厚いバイエルンの法律家であった⁽¹⁹¹⁾。他の最高裁

(188) ヘプカー＝アショフが政府側に情報を伝えた背景には、こうした考え方があったという。Baring, Außenpolitik (Fn.35), S.223.

(189) See Collings, Democracy's Guardians (n.36), p.24.

(190) Manfred Baldus, Frühe Machtkämpfe, in: Thomas Henne/Arne Riedlinger (Hrsg.), Das Lüth-Urteil aus (rechts-)historischer Sicht, 2005, 239ff. ; Oliver W. Lembcke, Das Bundesverfassungsgericht und Regierung Adenauer, in: Robert Chr. Van Ooyen/Martin H. W. Möllers (Hrsg.), Handbuch Bundesverfassungsgericht im politischen System, 2.Aufl. 2015, S.231ff. ; Schönberger, Anmerkungen zu Karlsruhe (Fn.142), S.21-26 [邦訳13-17頁]、高田・前掲注(160)「自己言及」32頁以下など。

(191) 前注(52) 参照。Vgl. auch Collings, Leibholz (Fn.63), S.245. ヴァインカウフもプファルツ出身であった。

判所の長官も巻き込んで抵抗した「鑑定論争」は1956年の連邦憲法裁判所法改正によって解決され、大法廷で抵抗（BGHZ 13, 265）した「G131論争」がゲシュタポ決定（BVerfGE 6, 132）によって決着が付いたのが《1957年》。この年に、それまで一部のみにしか知られていなかった《独立宣言》としての「覚書」がライプホルツ編集の“Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart”に公表された。それは、まさに《勝利宣言》としての意味をもった。⁽¹⁹³⁾そして、この1957年以降、連邦憲法裁判所は、ヴィントリッヒ第二代長官の下、エルフェス判決（BVerfGE 6, 32）、リュート判決（BVerfGE 7, 198）、薬局判決（BVerfGE 7, 377）などの判例を通じて「基本権裁判所」としての地位を築いていくこととなる。

デーラーとガイガーと連邦憲法裁判所。連邦憲法裁判所の発足から基礎固めの時期におけるそれらの関係について描き出せば本稿の目的は達せられる。しかし、書いていくにつれて浮かび上がってきたのが——司法大臣の重要性（逆に日本の法務大臣の軽さ）とともに——FDPの存在感である。2013年の連邦議会選挙では「5%の壁」を超えられずに議席を喪失したFDPであるが、かつて安定期に入ったドイツ政治において、二大政党（CDU/CSUとSPD）の連立パートナーとして、FDPがどちらにつくかによって政権が左右されるほどの存在感を発揮した時代もあった。しかし、初期の制度形成期においても、デーラーだけでなく、ホイスが初代連邦大統領、ヘプカー＝アショフが初代連邦憲法裁判

(192) Stellungnahme der Präsidenten der Oberen Bundesgerichte zu dem Beschluß des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 30. November 1955, JZ 1956, S.90ff. 単一の連邦最高裁判所(ein Oberstes Bundesgericht)構想があった（1968年改正前基本法95条）ため、“Obere Bundesgerichte”（連邦上級裁判所）という表現になっているが、連邦通常裁判所（BGH）、連邦税務裁判所（BFH）、連邦行政裁判所（BVerwG）、連邦労働裁判所（BAG）、連邦社会裁判所（BSG）である。

(193) Collings, Leibholz (Fn.63), S.245, 247f.

所長官を務めるなど、現在から見ると要職を占めている点には——アデナウアーがそれらの職を重視していなかった可能性も含めて——改めて留意する必要がある。実際、アデナウアー政権の根幹に関わる「再軍備論争」ではFDPのこの3人が重要な役割を果たした。⁽¹⁹⁴⁾連邦憲法裁判所法政府案についても、従来は政府の中心政党であるCDUの見解と同一視される傾向があったが、FDPのデーラー大臣が、CDUのシュトラウス次官ではなく、腹心の部下ガイガーを重用して作成させたものである⁽¹⁹⁵⁾（ラウファーは早くから、連邦憲法裁判所法の制定に際して、ヴィントリッヒら専門家集団と連邦司法省の影響を過少評価すべきでないこと、ガイガーは連邦政府の見解を代弁したが、それは与党の見解と同じではないこと、を正当にも指摘していた）。⁽¹⁹⁶⁾二大政党の陰に隠れがちなFDPであるが、⁽¹⁹⁷⁾議会勢力比からすると過大な影響力を与えられているように見え、FDPの構想にも相応の注意が払われるべきといえる。⁽¹⁹⁸⁾連邦憲法裁判

(194) *Wesel, Gang nach Karlsruhe* (Fn.23), S.54は、再軍備論争における中心人物を5人挙げるが、そのうち3人がFDPである（残り2人はアデナウアーとアルント）。

(195) 穴戸・前掲『憲法裁判権の動態』125頁注（25）は、「連邦憲法裁判所法の成果」として「憲法裁判権の行使から連邦最高裁判所を排除したこと」を「特筆されるべき」とするが、これはシュトラウスの見解が否定されたということに他ならない。

(196) *Laufer, Verfassungsgerichtsbarkeit* (Fn.16), S.120, 121.

(197) 例えば、永田秀樹「西ドイツ連邦憲法裁判所成立過程の研究」法学論叢104巻2号（1978年）56頁以下は、まさに「二大政党の基本構想の対立点に焦点をあてて」（75頁）検討を加えたものである。

(198) 歴史はしばしば理屈だけでは説明できない要素によって動かされる。連邦憲法裁判所の創設に際してSPDの構想が重要な役割を果たしたと言われることがある（代表的には、永田・前掲「西ドイツ連邦憲法裁判所成立過程の研究」）。過大評価などところもある（穴戸・前掲『憲法裁判権の動態』120頁）とはいえ、デーラーは基本的にはSPD嫌いであったが、ツインとは仲が良かった。*Geiger, Begegnungen* (Fn.4), S.98 ; *Büttner/Wettengel, Einleitung* (Fn.12), S.XXIV. 他方

所の開設式典（1951年9月28日）に際して、ヘブカー＝アショフ、ホイス、⁽¹⁹⁹⁾デラーの3人が並んだ写真は非常に印象的である。

＊本稿は、島田茂先生の退職記念論文である。本稿筆者にとって甲南大学法学部は初めての就職先であり、当初は右も左もわからない状態だった。そのような若輩者に対して、島田先生からは、公法パートの同僚として諸般にわたりご指導をいただいた。専ら本稿筆者の関心に沿った論文になってしまったが、早くからプロイセンとは異なるバイエルン^(*)の警察法に着眼されていた島田先生の退職をお祝いする論文として本稿を捧げさせていただく。

で、先述（注52参照）のようにCDUのシュトラウスとは仲が悪かった。このような事情が歴史の展開にどのような意味をもったのか、という問題は興味深いテーマである。

(199) *Bundesverfassungsgericht* (Hrsg.), *Das Bundesverfassungsgericht*, 1963の1頁の前に掲載。*Wengst, Thomas Dehler* (Fn.8), S.154にも掲載されている。

(*) 島田茂「バイエルン邦における警察法理論の展開と『制度的警察概念』（一）（二）・完」法学論叢104巻1号46-66頁、同3号31-57頁（1978年）。現在では、島田茂『警察法の理論と法治主義』（信山社、2017年）にも組み込まれている。